

UNIVERSITÉ DE LYON.— FACULTÉ DE DROIT

DE L'ABUS
DANS LES
VOIES DE DROIT

(Etude Jurisprudentielle)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le 29 Juin, à 2 heures de l'après-midi

PAR

LOUIS DE MONTERA

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BASTIA

LYON

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE DE LA SOURCE

21, RUE VIEILLE-MONNAIE, 21

1912

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT.

MM.

CAILLEMER, C. *, I. ☉, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

THALLER, *, I. ☉, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☉, professeur honoraire.

FLURER, I. ☉, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ☉, professeur de Droit criminel, correspondant de l'Institut.

APPLETON (Charles), I. ☉, professeur de Droit romain.

COHENDEY, O. *, I. ☉, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☉, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☉, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☉, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, J. I. ☉, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ☉, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ☉, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. ☉, professeur d'Economie politique.

HUVELIN, I. ☉, professeur de Droit romain.

LÉVY, I. ☉, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ☉, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ☉, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ☉, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

Président : M. L. JOSSERAND, *professeur*.

Assesseurs : M. CH. APPLETON, *professeur*.

M. BOUVIER-BANGILLON, *professeur*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

DE L'ABUS
DANS LES
VOIES DE DROIT

(Etude Jurisprudentielle)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

le 29 Juin, à 2 heures de l'après-midi

PAR

LOUIS DE MONTERA

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE BASTIA



LYON

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE DE LA SOURCE

21, RUE VIEILLE-MONNAIE, 21

1912

A MON PÈRE REGRETTÉ

A MA CHÈRE MÈRE

A CEUX QUE J'AIME

L. DE M.

DE L'ABUS
DANS LES
VOIES DE DROIT

INTRODUCTION

THÉORIE DE L'ABUS DES DROITS
(*Exposé et Objections*)

Il n'y a pas de droit contre le Droit.
BOSSUET.

*Tout droit poussé trop loin devient
une injustice.* VOLTAIRE.

Le DROIT, «cette grande force sociale qui semble avoir dominé et inspiré, depuis les origines de l'Histoire, l'agitation humaine en ses plus énergiques et ses plus tragiques efforts» (1), ne saurait être défini, d'une façon satisfaisante, l'ensemble des droits *nommés* et *innommés* (2), reconnus ou concédés à tout homme vivant en société et dont il est nécessaire et juste d'assurer l'observation, en cas de trouble dans leur exercice, par la contrainte

(1) PICARD, *Le Droit Pur*, page 3, Ed. 1899.

(2) Tous les droits se résument en un seul : la liberté. De celle-ci, *souche première* (E. LÉVY), sont tirés tous les droits spécialisés, à contours très définis, que nous appelons droits *nommés*, tels le droit de propriété, les droits de créance, le droit d'agir en Justice, et aussi tous les droits non encore individualisés nettement et imprécisément délimités que nous désignons par l'expression : droits *innommés*

extérieure. Le Droit en général (la *Juridicité* (1) comme dit le Jurisconsulte belge PICARD (2), en regrettant qu'il n'existe dans le vocabulaire aucun mot distinguant le Droit des droits particuliers) est quelque chose de plus qu'une collection, qu'une simple classification des prérogatives juridiques, qu'elles soient les expressions directes de la liberté individuelle ou seulement des concessions de la puissance publique. Il existe « indépendamment » et au-dessus « des multiples concrétions par lesquelles il se réalise dans la vie positive et quotidienne des sociétés humaines » (3). C'est une science et partant un ensemble harmonieux de principes généraux abstraits et permanents qui donnent naissance aux droits particuliers, les façonnent et les coordonnent en vue de réaliser la Justice.

Nulle conception ne nous apparaît, à cet égard, plus exacte que celle de PICARD : « Le Droit, dit-il, c'est une pondération, un équilibre de tous les droits isolés, individuels, agissant les uns sur les autres dans un organisme total, se limitant, s'aidant avec la cohérence rythmique d'un tissu vivant, d'un

(1) PICARD, op. cit. page 69.

(2) PICARD Edmond, avocat, bâtonnier du Bureau de Cassation de Bruxelles, sénateur et professeur à l'Université Nouvelle. On lui doit un grand nombre d'ouvrages de Droit, des romans, des poésies : *La Forge Roussel*, *Scènes de la Vie judiciaire*, *Réveries d'un Stagiaire*, *Mon Oncle le Jurisconsulte*, *Le Droit Pur*.

(3) PICARD, op. cit. page 283.

fleuve au cours paisible et montrant les sociétés humaines sous pression juridique constante et régulière... Le Droit est une vaste hygiène sociale (1) ». L'éminent Jurisconsulte, précisant sa pensée en termes aussi expressifs qu'imaginés, que nous tenons à reproduire, écrit encore : « En tant que vivant et fonctionnant, le Droit est un tout logique systématique, un vaste enchevêtrement de milliers d'êtres et de rapports, une immensité où tout est orchestré pour une symphonie d'effets sociaux. Il apparaît un composé de molécules ; chaque droit particulier, chaque disposition légale, chaque conception juridique intellectuelle est une de ces molécules analogues aux monades, aux protozoaires, aux êtres microbiens qu'on trouve au tréfonds ténébreux et difficilement accessible de toute existence. On peut opposer un droit particulier au Droit total, comme une œuvre d'art à l'Art, comme un mot au langage, comme un chiffre à l'Arithmétique » (2).

Chaque droit particulier apparaît, en somme, comme une note de l'harmonie qui a nom le Droit.

La mitoyenneté des droits, leur dépendance de la « Juridicité » étant ainsi retenues, il n'en reste pas moins vrai que chaque droit particulier a une existence propre, une physionomie et des contours spéciaux, précisés par les textes législatifs qui le

(1) PICARD, op. cit. page 283.

(2) PICARD, op. cit. page 69.

définissent et qui permettent de le différencier des autres comme l'on distingue les divers sons d'une même gamme musicale.

Isolons un droit particulier, sans nous préoccuper de ses sujétions. Par rapport à lui l'activité humaine pourra se manifester de deux manières : elle se produira soit dans son domaine propre soit extérieurement à lui. Dans le premier cas il y aura exercice du droit, puisqu'on se maintiendra dans son objet, dans le cadre en quelque sorte matériel, tracé par les lois ; dans le deuxième, on ne tiendra pas compte de ce même cadre, et dès lors on agira *sans droit*.

Un exemple classique précisera notre pensée. Le propriétaire qui use et abuse de sa chose exerce son droit de propriété prévu par l'article 544 du Code Napoléon, article qui n'est d'ailleurs que la reproduction presque intégrale de la vieille règle romaine comprenant le *jus utendi*, le *jus fruendi*, le *jus abutendi*. Par contre, l'usufruitier qui, n'ayant pas l'abusus, se comporterait comme le vrai propriétaire et irait jusqu'à compromettre la substance de la chose, sortirait des limites de l'article 578 du Code Civil ; il agirait sans droit, il engagerait sa responsabilité.

Nous pouvons multiplier les exemples en les empruntant aux droits les plus absolus, les plus imprescriptibles, à ceux-là même qui découlent le plus directement de la liberté.

Le travail et le commerce sont libres depuis 1789 et plus précisément depuis le vote de l'Assemblée Constituante abolissant, en 1791, les jurandes et les maîtrises, la libre concurrence est devenue un droit incontestable, mais c'est un droit enserré dans les digues que tracent les lois sur la contrefaçon. Un industriel ne peut pas, en invoquant ce droit, fabriquer ou vendre sciemment des objets dont un autre a le monopole par l'obtention d'un brevet d'invention. En passant outre, il commet un délit, il agit sans droit.

La liberté de la pensée, celle de l'exprimer par la parole ou la plume sont des attributs primordiaux pour tout citoyen, solennellement proclamés par la célèbre Déclaration révolutionnaire, qui, pourtant, les canalise déjà par la formule « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public ». Elles sont encore plus étroitement limitées par les textes législatifs qui prévoient et répriment l'injure et la diffamation. Injurier et diffamer, ce n'est pas exercer sa liberté de penser, de parler ou d'écrire, c'est sortir des cadres de ces droits, c'est agir sans droit.

Il en est exactement de même pour toutes les prérogatives juridiques. Aucune n'est susceptible d'être poussée à l'infini, suivant le bon plaisir du titulaire. Toutes ont, au contraire, des confins matériels et précis sans lesquels elles deviendraient,

en raison même de leur force considérable d'expansion, des instruments de tyrannie et serviraient à réaliser le but contraire à celui qui a déterminé leur reconnaissance ou leur octroi.

Posons donc ce principe rationnel et certain : tous les droits particuliers ont un objet, une limite matérielle, hors laquelle on agit sans droit et on engage sa responsabilité.

Mais ne peut-on pas aussi l'engager tout en restant dans les termes de son droit ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. La responsabilité du titulaire peut même être engagée de deux façons :

1° Par un acte conscient de sa volonté, *intentionnellement*, et nous pénétrons ainsi sur le domaine de la théorie de l'ABUS DES DROITS.

2° *Non intentionnellement*, par suite d'un hasard né du simple exercice régulier du droit. La notion du *risque créé* répond à cette face du problème.

La théorie du risque — que la doctrine n'accepte qu'avec une grande défiance, mais que la Jurisprudence consacre fréquemment et que les législateurs ont déjà fait passer dans des textes comme la loi du 9 avril 1898 sur les Accidents du Travail — est basée sur un principe très hardi, quoique très équitable, mais en opposition flagrante avec les idées communément admises en matière de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. L'article 1382 du Code Civil exige, en effet, pour qu'il y ait

réparation possible d'un préjudice, que l'on tienne compte de la volonté de l'auteur ; il suppose une faute commise, ou, tout au moins, une maladresse, une imprudence ou une négligence. Rien de semblable dans la notion de risque, qui ne se plie à aucune des règles traditionnelles. On la peut formuler ainsi : « La victime innocente d'un dommage doit être indemnisée par celui qui, même involontairement, a causé le tort, conséquence *non nécessaire* mais inévitable de l'exercice normal d'un droit certain. Cet exercice comportait un risque qui s'est réalisé, et dont les effets sont à la charge du bénéficiaire du droit ».

C'est évidemment là une théorie audacieuse et fort révolutionnaire des principes reçus, puisqu'elle ne se soucie nullement de la volonté de l'agent, comme élément constitutif de sa responsabilité.

C'est ainsi notamment qu'une Compagnie de chemin de fer devra réparer le préjudice subi par les riverains de sa voie, lorsqu'ils auront eu à souffrir des dégagements anormaux des fumées de locomotives ou lorsqu'une étincelle de houille enflammée, échappée d'une cheminée, aura communiqué le feu à des récoltes, des forêts ou autres produits. Pourtant aucune faute n'est imputable ni à la Compagnie qui, en remplissant sa mission d'intérêt général, a incontestablement exercé un droit sans aucune intention malveillante, ni à ses agents qui n'ont à

se reprocher aucun acte ayant occasionné ce cas fortuit. Il y a risque créé par le fait même de l'exploitation des chemins de fer, risque qui s'est réalisé et dont l'auteur bénéficiaire du droit supporte le fardeau (1).

Nous avons jusqu'ici examiné le cas de la responsabilité née de l'activité humaine exercée hors des limites d'un droit et celui de la responsabilité née du risque créé par l'exercice normal du droit. Il nous reste à nous occuper d'un dernier cas : celui de la responsabilité née de l'exercice *intentionnellement malveillant* d'un droit certain et précis.

Nous supposons donc que :

1° Contrairement à l'hypothèse d'un acte accompli sans droit, un individu titulaire d'un droit l'exerce dans ses limites objectives.

2° Contrairement à l'hypothèse du risque créé, le titulaire est mu par une pensée méchante, par l'intention de nuire à autrui, sans nécessité ni profit appréciable pour lui.

Nous sommes ainsi placés dans le cadre de la théorie de l'ABUS DES DROITS, qui fait l'objet principal de cette étude.

On peut la résumer ainsi :

Aucun concept juridique n'est absolu, intangible, infiniment extensible ; tous les droits sont, en effet,

(1) Cass. 3 Janv. 1887. Dall. 1888-1-39, Cour de Toulouse, 6 mai 1902, D.1902-2-413.

concédés aux citoyens, non pour la simple satisfaction de leurs besoins individuels (si respectables soient-ils, la société n'en a la sauvegarde que d'une façon médiate), mais dans l'intérêt de la collectivité, seul objet en définitive du pacte social. Ceux-là même qui apparaissent les plus personnels, les plus égoïstes, n'échappent pas à la règle commune ; ils ont tous la même finalité : leur utilité sociale.

Chaque droit particulier a, en effet, un rôle spécial à jouer dans l'immense harmonie nécessaire à la vie de l'Etat, qui ne l'a octroyé ou reconnu qu'en vue de l'accomplissement d'une mission déterminée et précise. Il doit être exercé par le titulaire en tenant compte des principes généraux de la Juridicité, conformément à sa destination sociale, *socialiter*. Se servir d'un droit, tout en respectant la lettre de sa définition, dans une direction non conforme à son but, c'est en fausser l'esprit. Or quiconque fausse l'esprit d'un droit, en se comportant comme s'il n'avait aucune finalité, ou en la négligeant volontairement, commet un abus, qui engendre la responsabilité de son auteur vis à vis de ceux à qui il préjudiciera.

L'exercice d'un droit dans le sens de sa destination sociale dépend évidemment de la volonté du titulaire. La notion de l'abus apparaît donc, à la différence de celle de risque, comme essentiellement *subjective* ; elle est entièrement basée sur l'état d'esprit du

bénéficiaire : le mobile qui détermine l'action anormale est ici le fondement de la responsabilité.

Ainsi, chaque fois qu'on se sert de ses facultés juridiques conformément à leur destination, on les exerce normalement, on sera à l'abri (1) de toutes les réclamations des personnes qui pourraient néanmoins être gênées par leur accomplissement. Dans le cas contraire, il y aura abus par absence de *motif légitime*. « Le motif légitime, c'est bien le critérium exact, la pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et que l'on retrouve à tous propos dans une foule d'arrêts, sous la plume des auteurs, jusque dans les textes législatifs » (2).

En dehors d'un motif légitime, il ne saurait y avoir usage licite des droits. Ceux-ci ne sont pas des jouets offerts au délassement humain, des marionnettes dont on tire les ficelles à temps et à contre-temps, pour son bon plaisir. Ce sont plutôt des objets précieux dont il faut se servir toutes les fois que nécessaire, mais toujours à bon escient.

Ce principe de l'exercice du droit subordonné au motif légitime est consacré par la jurisprudence depuis plus d'un demi-siècle. L'arrêt initial a été

(1) Réserve faite du risque créé. Le risque n'est qu'un accident possible de l'exercice normal, mais non le résultat normal de cet exercice.

(2) JOSSERAND Louis, professeur agrégé à l'Université de Lyon. *De l'Abus des Droits*, année 1905 (Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence), p. 57. Cet ouvrage nous a servi de guide dans notre résumé de la notion de l'abus des droits, dont M. JOSSERAND s'est fait le théoricien et le défenseur.

rendu par la Cour d'appel de Colmar, le 2 mai 1855, à propos du droit le plus absolu, le plus complet, celui de propriété. Il est ainsi formulé : « L'exercice de ce droit, *comme celui de tout autre*, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ; les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui » (1).

La malveillance, la mauvaise foi, l'intention de nuire à autrui ne saurait jamais conditionner l'usage d'un droit. Ce sont des mobiles en opposition avec les principes permanents du Droit, ils sont donc illégitimes, injustes, et, par suite, constitutifs de l'abus du droit !

L'absence de motif légitime, tel est donc la caractéristique de l'abus d'un droit ; notre théorie est par conséquent basée sur l'appréciation du mobile, sur l'intention. Comment la découvrir ? A qui appartient-il de scruter les raisons internes des actions humaines ?

La recherche de l'intention, recherche toute psychologique et éminemment subjective, est réservée au Magistrat. Le Juge a mission de se livrer à une analyse de l'état d'esprit de l'auteur

(1) DALLOZ, Jurisp. G. 1853-2-9.

d'un tort en contrôlant les allégations du demandeur, le prétendu lésé, qui doit toujours (1) fournir la preuve du préjudice subi et de ses causes.

Dans son étude de l'intention, le Juge aura, certes, pour guide sa conscience, suprême régulateur, mais il aura aussi les principes traditionnels de notre Droit. Il se souviendra qu'il n'y a abus d'un droit que lorsque l'exercice en est commandé par une pensée malicieuse et dolosive : *Fraus omnia corrumpit* ? Il se souviendra aussi de ce que la faute lourde, *culpa lata* des commentateurs — « cette négligence grossière telle que les hommes les moins soigneux n'en commettent pas dans leurs propres affaires » (2) — est assimilée par la Doctrine et la Jurisprudence constante à la faute dolosive et qu'elle est par conséquent constitutive de l'abus. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation en proclamant, à propos de l'exercice du droit de se défendre en Justice : « Nul n'est en faute s'il n'a fait qu'user de son droit ; l'exercice de ce droit ne pourrait devenir une faute qu'autant qu'il constituerait un acte de malice ou de mauvaise foi ou au

(1) « Vainement a-t-on prétendu mettre le fardeau de la preuve à la charge du patron qui devrait, lorsqu'il est actionné par l'ouvrier congédié, établir l'existence d'un motif légitime de renvoi. Cette prétention ne saurait se justifier que par le désir de favoriser toujours l'une des parties en cause ; la Cour de Cassation en a fait justice (30 mars 1896, Dalloz 1897-1-449) ». JOSSERAND, op. cit. page 61.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, T. II, p. 87, n° 236, Ed. 1909.

moins un acte d'erreur grossière équipollente au dol » (1).

Le Juge se souviendra enfin que l'intention malicieuse et la faute lourde se rencontrent plus difficilement dans l'exercice des droits *égoïstes*, concédés pour la satisfaction des besoins personnels (tels la propriété et tous ceux touchant au patrimoine) que dans celui des droits à fondement *altruiste* (comme les droits de famille : puissance maritale, tutelle, administration légale...) reconnus, non dans l'intérêt de leurs titulaires, mais uniquement dans celui des personnes qu'ils ont reçu mission de protéger et de diriger.

Dans le premier cas, dès qu'apparaît l'intérêt cesse l'abus ; dans le deuxième, l'intérêt personnel n'est pas suffisant pour faire écarter la responsabilité possible.

Tel est, en résumé, la notion de l'abus des droits, très en faveur auprès de tous les tribunaux. L'arrêt de Colmar a, en effet, inauguré toute une jurisprudence solidement établie par un ensemble imposant de décisions se rapportant à tous les droits particuliers, sans exception : « droits contractuels ou extra-contractuels, patrimoniaux ou extra-patrimoniaux, réels ou personnels, définis ou innomés, tous

(1) Chambre civile, 28 mai 1899, Dalloz 1890-1-388.

sont assujettis dans leur exercice à la commune loi du Contrôlejudiciaire (1).

La faveur de la Jurisprudence n'a d'égale que la défiance de la doctrine. Si, en effet, la théorie nouvelle compte d'illustres suffrages d'éminents Jurisconsultes tels MM. JOSSERAND et CHARMONT, elle voit par contre se dresser devant elle les objections passionnées de nombreux doctrinaires parmi lesquels MM. BAUDRY - LACANTINERIE, ESMEIN et PLANIOL.

Résumons ici les principaux griefs des adversaires.

L'idée même d'abus est repoussée ; elle est incompréhensible et contradictoire ; elle se confond avec l'idée incontestée de l'absence de droit. M. PLANIOL écrit dogmatiquement : « Cette nouvelle doctrine repose toute entière sur un langage insuffisamment étudié ; sa formule *usage abusif des droits* est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est

(1) V. note de M. JOSSERAND. Dall. 1908-2-73. V. pour droit de propriété, C. de Lyon, 18 avril 1856, D. 56-2-99, Paris, 2 décembre 1873, D. 73-2-187, Cass. 10 juin 1902, D. 1902-1-454. V. pour Nom de personnes, Cass. 16 juin 1903, D. 1903-1-451). Droit de libre concurrence, Cass. 9 mars 1870, D. 71-1-211, Lyon, 31 mars 1904, D. 04-2-216. Droit d'expression de pensée, C. C. 3 août 1901, D. 03-1-133. Puissance paternelle, C. de Lyon, 23 janvier 1907, D. 08-2-73. Administration légale du père, C. de Lyon, 5 février 1909, Gaz. des Trib. 17 avril 1909. Puissance maritale, C. de Paris, 5 janvier 1904, D. 05-2-249. Droit de ne pas contracter. *Le fait de refuser de prendre un employé, sans examen, sous le seul prétexte qu'il fait partie d'un syndicat, est un abus*, Trib. de C. d'Épernay et de Lille, D. 1908-2-73. Droit de résiliation de contrat, Bastia, 27 fév. 1893, D. 95-1-36, C. C., D. 95-1-258, Cass. 22 et 28 juillet, D. 96-97-401. Droit de rupture de fiançailles, C. C. 12 novembre 1901, D. 02-1-46. Droit de grève, C. C. cassant arrêt de Rennes du 21 juillet 1894, D. 96-1-582.

licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit !... Le droit cesse ou l'abus commence, et il ne peut y avoir *usage abusif d'un droit* pour la raison irréfutable qu'un même acte ne peut être à la fois conforme au droit et contraire au droit... (1) ».

Malgré toute l'autorité qui s'attache à un avis aussi éminent, nous n'admettons pas cette objection spécieuse. La logomachie que le savant auteur reproche aux théoriciens de l'*abus des droits* semble plutôt se rencontrer dans son propre raisonnement. M. PLANIOL confond ici le Droit et un droit. Or un droit particulier peut parfaitement s'opposer au Droit, à la Juridicité, comme l'œuvre d'un artiste peut s'opposer à l'Art. La formule que M. PLANIOL emploie pour certains droits « qui ne sont pas leur propre but à eux-mêmes et qui ne sont que des moyens pour atteindre un but déterminé (2) » nous n'hésitons pas à la généraliser en disant « aucun droit n'est son propre but, chacun d'eux est un moyen pour réaliser le Droit et par lui la Justice ».

Cette réalisation suprême — qu'on ne doit jamais perdre de vue — exige l'exercice de tout droit particulier dans un but déterminé, conforme à la fois à sa lettre et à son esprit. De sorte que : « on peut parfaitement avoir tel droit pour soi, et,

(1) PLANIOL, op. cit. p. 286, n° 871.

(2) PLANIOL, op. cit. p. 286, n° 871.

cependant, avoir contre soi le Droit tout entier » (1).

Il existe, entre l'abus d'un droit et l'absence de ce droit, la même différence qu'entre l'excès et le détournement de pouvoir, en matière administrative. Ce rapprochement très heureux a été fait par M. JOSSERAND, il sert de réplique à l'argumentation de M. PLANIOL. Un fonctionnaire de l'ordre administratif commet un excès de pouvoir lorsqu'il dépasse les bornes de ses attributions, lorsqu'il s'arroge des prérogatives qu'il n'a pas ; il commet au contraire un détournement de pouvoir lorsque « tout en usant des pouvoirs qu'il tient de la loi, il fait un acte dans un but autre que celui en vue duquel ces pouvoirs lui sont confiés. Il y a alors, non incompétence absolue, mais abus de compétence » (2).

Le Conseil d'Etat, créateur de cette théorie, en a fait de larges applications. En voici un exemple typique : la loi du 2 août 1878 a créé le monopole de la fabrication des allumettes au profit de l'Etat ; elle ordonnait, entre autres dispositions, l'expropriation des manufactures existantes. Une circulaire ministérielle prescrivait aux préfets de ne soumettre à l'expropriation que les usines munies d'une autorisation régulière et de fermer toutes les autres.

(1) JOSSERAND, *op. cit.* p. 78.

(2) J.-B. SIMONNET, *Droit public et administratif*, traité élémentaire, Ed. 1902, p. 105, n° 418.

Le Conseil d'Etat a annulé les décisions préfectorales car les circonstances prouvaient que ces fonctionnaires avaient usé de leur droit de police sur les établissements insalubres dans le but de servir les intérêts de l'Etat, but qui n'est pas conforme à la destination des pouvoirs conférés en la matière aux préfets (1).

Le Conseil d'Etat a également appliqué sa théorie du détournement de pouvoir aux maires remplissant leurs fonctions vexatoirement. C'est ainsi qu'il a annulé l'arrêté du Maire de Fontaines-sur-Saône qui, en exerçant son droit de réglementation de la circulation dans sa commune, avait interdit à un entrepreneur le stationnement de ses voitures avec la seule pensée de lui nuire au profit d'un concurrent (2).

De même ont été cassées et mises à néant les décisions de chefs de municipalités ayant, pour satisfaire leurs rancunes personnelles, frappé de révocation des secrétaires de mairie : ils n'avaient ce droit que dans l'intérêt de la collectivité (3).

Cette théorie du détournement de pouvoirs ne saurait être confondue avec celle dite de l'excès de pouvoir. A la différence de cette dernière, elle ne s'applique qu'aux actes entrant, sans contestation

(1) Conseil d'Etat, 26 nov. 1875, V. SIMONNET, op. cit. p. 166, n° 418.

(2) Conseil d'Etat, 1870, D. 72-3-27.

(3) Conseil d'Etat, 1900, D. 1902-3-10.

possible, dans les attributions précises de certains fonctionnaires. Ceux-ci, en les accomplissant, ne sortent pas des limites objectives de leur compétence ; pourtant, ils commettent des abus lorsqu'ils remplissent leurs fonctions méchamment, non conformément à leur finalité, dans l'intention de nuire.

Transposons dans le droit privé cette notion de droit public (1), et nous aurons la théorie de l'abus des droits. La première vérifie la seconde. Or, l'objection de M. PLANIOL ne peut s'appliquer en droit administratif ; elle n'est donc pas opérante en droit privé.

Pour ajouter à notre réfutation, il suffira d'ailleurs de mettre en parallèle un cas de responsabilité née du défaut de droit avec un cas de responsabilité née de l'abus d'un droit ; le contraste saute aux yeux des personnes les plus prévenues contre toutes les hardiesses des novateurs.

Voici, par exemple, un individu qui pénètre sur la propriété d'autrui et s'y livre à un travail quelconque, utile au fond. Il est indéniable que cet individu agit sans droit. Si, au contraire, c'est le propriétaire qui fait des travaux sur son terrain, il est incontestable qu'il exerce son droit. Mais, si les travaux effectués ne présentent pour lui aucune

(1) Aucune raison ne s'oppose à cette transposition, le droit public et le droit privé n'étant que des divisions du Droit.

utilité et qu'ils nuisent au voisin, ce propriétaire commettra un abus dans l'exercice de son droit. La Jurisprudence est très solidement établie à cet égard.

Il semble impossible de soutenir que dans les deux cas ci-dessus la situation est identique ; que, dans tous les deux, les actions accomplies le sont en dehors des limites du droit, donc sans droit.

L'objection de M. PLANIOL ne résiste pas à l'analyse. La séparation du défaut de droit d'avec l'abus s'impose. Elle n'a pas seulement une valeur théorique, elle a, au point de vue des sanctions, une importance énorme.

En effet, la responsabilité est toujours engagée lorsqu'on agit sans droit, même si on ne cause aucun dégât matériellement appréciable. Tout propriétaire peut obtenir une réparation pour le préjudice moral causé par le fait de la violation de son bien par autrui ; il peut, en tous cas, ne fut-ce qu'en vertu de la théorie des astreintes, faire condamner à des dommages-intérêts celui qui refuserait de quitter une propriété où il s'est indument établi.

Au contraire, dans le cas d'abus, la responsabilité n'est engagée que s'il y a préjudice causé à autrui. La réparation pourra non seulement consister en dommages-intérêts, mais aussi, toutes les fois que possible, dans la destruction de toutes les causes de l'abus. C'est ainsi qu'un propriétaire ayant édifié

une cheminée inutile sur sa maison, dans l'unique but de masquer la vue de son voisin, devra la supprimer (1).

La critique diamétralement contraire à celle que nous venons de repousser a été également dirigée contre la théorie de l'abus des droits. Certains auteurs ont soutenu que les actes dits abusifs se confondent avec les actes conformes au droit.

L'intention de nuire ne doit jamais être retenue. Certes, des dommages-intérêts sont alloués pour le préjudice causé par les titulaires de droits certains, mais cette réparation n'est pas causée par l'intention malicieuse ; on ne doit, au contraire, se baser que sur les conséquences des actions, quelle que soit la pensée, la volonté de l'agent. La responsabilité n'est jamais subjective, elle est toujours objective.

A notre avis, ces auteurs, outre qu'ils ont contre eux toute la Jurisprudence, commettent une confusion entre la notion d'abus et celle de risque, ou mieux ils anihilent la première au profit de la seconde.

Nous les avons distinguées avec le plus grand soin. C'est que, différentes par leur nature (puisque l'une est essentiellement subjective et l'autre uniquement objective), elles ne s'appliquent pas aux

(1) C. de Colmar, 2 mai 1855, D. 56-2-9. Voir Contra, M. SALEILLES, *Théorie générale de l'Oblig.*, p. 373, 2^e édition. Cet auteur, partisan de l'abus du droit, n'admettait la réparation en nature que pour les actes accomplis sans droit. — Il a abandonné cette opinion par la suite. Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, p. 325.

mêmes situations, aux mêmes catégories d'actions. L'intention de nuire, l'exercice anormal, anti-social, contraire à sa destination, du droit qu'on fait valoir — tous éléments constitutifs de l'abus — n'existent pas dans les cas où le risque se réalise. Le contraste est flagrant, le risque cesse où l'abus commence ; le cas fortuit est le contraire du fait volontaire.

La répression de l'abus s'impose au nom de la justice pure ; elle a, en somme, un caractère pénal ; tandis que la réparation du préjudice consécutif à la réalisation du risque n'a aucunement le sens d'une punition, mais est simplement le moyen inventé par les juristes pour maintenir la balance égale entre les droits rivaux. Une compensation pécuniaire viendra rétablir l'équilibre brisé par la diminution de jouissance qu'impose à autrui le seul fait de l'exercice normal d'un droit certain. M. JOSSERAND a eu raison d'affirmer : « Pour légitimes qu'ils soient, les droits doivent être comprimés dans leur intensité même, sinon l'équilibre serait rompu au détriment d'intérêts également respectables qui ne doivent pas être refoulés indéfiniment » (1).

Ajoutons, pour mieux établir la nécessité de la distinction et son importance pratique, que la sanction des actes abusifs et celle du risque réalisé ne sont pas identiques.

Tandis que la réparation en nature doit être

(1) JOSSERAND, op. cit. p. 4.

infligée toutes les fois qu'elle est matériellement possible, pour les premiers, elle ne sera qu'exceptionnellement ordonnée pour les seconds. On ne saurait, dans ces derniers cas, imposer la cessation de l'usage normal d'un droit.

La deuxième objection dirigée contre la théorie de l'abus des droits n'est donc pas décisive, surtout lorsqu'on la tempère, comme le font la plupart des auteurs, en essayant de défendre les décisions judiciaires, rendues pour des cas d'abus, par l'idée de responsabilité inhérente à l'usage normal de tous droits.

Nous préférons la brutale franchise de M. ESMEIN (1) que loin de légitimer par des motifs autres que ceux des juges les sanctions nées de l'abus ou du risque, repousse toutes ces solutions jurisprudentielles et déplore la tendance actuelle des Tribunaux qui ne respectent pas les cloisons étanches séparant le droit de la morale. Suivant le savant auteur, la loi est la loi, *dura lex sed lex* ; les droits reconnus aux individus sont leur propriété absolue, ils peuvent être exercés conformément à leur lettre, qui seule importe, sans aucune limite. Les conséquences dommageables pour les tiers sont la rançon de l'activité humaine du *struggle for life*.

(2) ESMEIN, Note dans *Sirey*, 1898-1-21.

Nous ne saurions souscrire à ce mouvent réactionnaire qui tente, non sans courage, de s'opposer au courant *solidariste et social* qui pénètre le droit de tous les pays aux dépens de l'*individualisme absolutiste*, de plus en plus battu en brèche. L'évolution démocratique des sociétés modernes est, en effet, marquée par une tendance très nette, sinon vers la confusion de la morale sociale et du Droit, du moins vers un empiètement progressif du droit sur la morale et, en tous cas, à la dépendance du premier par rapport à la seconde. Ce qui n'était hier que devoir de charité est maintenant obligation légale ; toute la législation ouvrière sur la durée, les conditions et les accidents du travail en fournit la preuve.

Cette pénétration est logique ; la solidarité, contraire de la concurrence, ne se réalise que par des concessions mutuelles des individus vivant côte à côte, ayant des intérêts personnels distincts et et rivaux.

Ces concessions ne peuvent avoir d'autres bases que les lois de la morale, l'altruisme. Aussi, est-il naturel que les théoriciens partisans de la conception égoïste tracent des séparations absolues entre la morale et le droit ; tandis que ceux qui souscrivent à la conception solidariste admettent et réclament l'interdépendance des deux domaines, le droit est pour eux la morale sociale en actions.

La conception dont M. ESMEIN se fait en France le défenseur audacieux domine encore chez les peuples anglo-saxons. A l'exemple de leurs philosophes (1), de leurs hommes d'Etat (2), les juristes américains et anglais (3) se préoccupent par dessus tout de laisser le champ libre à l'activité humaine ; la concurrence qui écrase les faibles au profit des forts, des « hommes d'action » (4), leur apparaît comme la condition essentielle de la grandeur nationale. C'est là un principe amoral que les peuples latins et même les peuples germaniques, dont les juristes se sont formés à l'école du Droit romain (5), n'acceptent plus.

La théorie de l'abus est non seulement consacrée par la jurisprudence allemande, mais elle a aussi trouvée place dans les lois positives de l'Empire.

(1) A. BENTHAM, *La Morale utilitaire*, Herbert Spencer, *First principls*,

(2) ROOSEVELT, *L'Idéal américain*.

(3) F. POLLOCK, *The laws of torts*. Les Américains, à ce qu'affirme POLLOCK, ont les mêmes principes juridiques que les Anglais.

(4) ROOSEVELT, *L'Idéal américain*, traduction Rouirs, p. 50, « L'éducation universitaire et la vie publique ».

(5) Dans son cours de Pandectes à la Faculté de Lyon, en 1909, M. Charles APPLETON, professeur de Droit romain, a étudié la question de l'abus des droits, sur laquelle il partage les idées de son collègue M. JOSSERAND. Néanmoins, quelques différences dans l'application des principes sont à signaler : M. APPLETON n'admet pas l'abus dans les voies de droit. L'honorable professeur soutient aussi que ce sont les peuples dont les parents ont étudié le Droit romain qui ont, les premiers, appliqué les principes de cette théorie puisés dans leurs études de l'antiquité latine. Il dit : « Cette théorie de l'abus, d'où vient-elle ? Pour le découvrir, il suffit de considérer les peuples modernes de l'Europe ; elle se développe chez tous ceux qui se sont mis systématiquement à l'école du Droit romain ; elle est étrangère à

Le nouveau Code Civil allemand l'a proclamée en termes très nets : « L'exercice d'un droit n'est pas permis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de nuire à autrui » (1). Des dispositions analogues se retrouvent dans le récent Code Civil suisse, évidemment inspiré de son aîné, le german.

Il faut aussi constater que les doctrines individualistes perdent du terrain même dans la législation anglaise. Certes, la loi britannique n'a jamais posé en principe général que tout préjudice impose une réparation. Il n'existe, en Angleterre, aucune disposition législative comparable à l'article 1382 du Code Civil français ; il n'y a pas d'*illicite* dès que l'auteur d'un dommage peut affirmer *feci sed jure feci*. Néanmoins, la portée du *jure feci* est de plus en plus restreinte par les Tribunaux. Malgré la confusion faite entre l'idée de faute et

ceux qui lui ont été systématiquement réfractaire. Ce n'est pas une question de race, car alors on ne comprendrait pas que deux peuples de race germanique se trouvent, à cet égard, former une antithèse flagrante. Tout s'explique si l'on considère que les Anglais sont restés fermés à l'étude du Droit romain tandis qu'aucun peuple n'en a davantage approfondi l'étude que les Allemands. On sait, qu'au moyen-âge, l'Allemagne a adopté en bloc le Droit romain, au moins comme législation subsidiaire, et le peuple qui, le premier a systématisé la théorie de l'abus des droits, c'est-à-dire l'a formulé en articles, c'est le peuple allemand. Si le peuple anglais avait subi l'influence du Droit romain comme le peuple allemand, on peut être certain qu'il n'aurait jamais posé en principe que l'on ne saurait abuser de son droit ». Nous partageons cette opinion ; l'influence est certaine, mais ne nous semble pas la seule cause. L'histoire du peuple allemand, sa situation continentale, l'influence de ses philosophes, sont des facteurs importants de son évolution juridique solidariste.

(1) Code civil allemand, art. 226. Voir aussi art. 138 et 826.

celle d'absence de droit par les théoriciens qui semblent avoir peu étudié le problème de la responsabilité, l'idée d'abus s'implante lentement pour certains droits tels celui de rupture de fiançailles ou celui d'agir en justice. La notion de risque a aussi pénétré le Droit britannique en matière d'accidents du travail avec l'*act* Chamberlain du 6 août 1897.

En Amérique, les tendances solidaristes sont aussi en progrès.

Ainsi, l'évolution du Droit, dans tous les pays, donne la réplique aux théoriciens conservateurs et réactionnaires dont la démonstration n'a que l'importance d'une protestation, certes vigoureuse, mais qui paraît devoir être impuissante à arrêter une évolution incessante et rationnelle.

Pourtant, l'argument de M. ESMEIN, repris par M. BARDE — « l'abus du droit, porte ouverte, sous prétexte de justice morale, à l'arbitraire du Juge » — paraît avoir ému certains partisans de la théorie nouvelle, tels MM. CHARMONT et SALEILLES.

Ceux-ci voudraient limiter étroitement les investigations des magistrats, en leur imposant comme règle de juger toujours de l'usage des droits en fonction de leur destination sociale, sans tenir aucun compte du mobile interne qui a poussé l'agent. L'intention de nuire serait retenue toutes les fois que l'acte accompli ne serait pas conforme au but social du Droit dont on est titulaire.

M. SALEILLES dira : « La véritable formule serait celle qui verrait l'abus du droit dans l'exercice anormal du droit, contraire à la destination économique et sociale du droit subjectif, exercice réprouvé par la conscience publique et dépassant par conséquent le contenu du droit, puisque tout droit au point de vue social est relatif et qu'il n'y a pas de droit absolu » (1).

M. CHARMONT déclare que cette formule devrait rallier tous les suffrages, car « elle est compréhensible et s'adapte à la généralité des faits. Jusqu'à présent, nous avons été surtout frappés par les cas où l'abus du droit semblait pouvoir être caractérisé par l'intention de nuire, mais, ce ne sont pas les seuls qui peuvent se présenter, la détermination du but économique et social peut être un meilleur critérium » (2).

Fidèles au subjectivisme de la théorie de l'abus des droits, subjectivisme dont la Jurisprudence et les textes français et étrangers tiennent toujours compte, nous ne souscrivons pas à l'opinion qui tente d'objectiver le critérium du motif légitime ; l'intention de nuire doit toujours exister pour qu'il y ait abus ; l'absence de volonté est la caractéristique du risque. L'analyse du magistrat comprend,

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité des Obligations*, 2^e édit.

(2) Opinions rapportées par BAUDRY dans op. cit. T. III, p. 1084 et 1085. SALEILLES, *Etude sur la Théorie générale de l'Obligation*, 2^e éd., page 371, note. CHARMONT, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1-1902, p. 122.

en définitive, deux phases : le Juge recherche d'abord le mobile psychique de l'action, puis, l'ayant découvert, en ayant déterminé les caractères, il s'en réfère, pour en proclamer la légitimité ou l'illégitimité, à l'esprit actuel du Droit, à sa finalité sociale : « A cela nulle contradiction, l'abus du droit est une notion sociale qui implique la recherche des mobiles individuels ; elle est une théorie qui fait passer au crible social les actes individuels » (1).

A ceux qui, effrayés par la liberté laissée au Juge, reprochent aux théoriciens de l'abus des droits de favoriser l'arbitraire, de défaire l'œuvre intangible du législateur, nous ne répondrons certes pas comme le *Bergeret* anarchiste de M. Anatole FRANCE : « Je ne craindrais pas beaucoup les mauvaises lois si elles étaient appliquées par de bons juges. La loi est inflexible, dit-on, je ne le crois pas ; il n'y a pas de texte qui ne se laisse solliciter. La loi est morte, le magistrat est vivant, c'est un grand avantage qu'il a sur elle » ; mais nous dirons volontiers avec DUPONT DE NEMOURS : « Les magistrats, avant de s'engager à juger d'après les ordonnances positives, doivent les comparer avec les lois de la Justice par essence », et nous affirmerons avec M. le Premier Président de la Cour de Cassation, dans son discours du 24 octobre 1904, à la Cérémonie du Centenaire du Code Civil : « Les préparateurs du Code ont

(1) JOSSEERAND, op. cit. p. 50.

dit : « Les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été créées » ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils agissent toujours ; ce mouvement qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque résultat nouveau. C'est au Magistrat et au Jurisconsulte pénétrées de l'esprit général des lois à en diriger l'application.

» ...Le Juge a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus ; il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux ; il doit se dire qu'en présence de tous ces changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » (1).

L'application humaine et rationnelle des lois, voilà bien le but poursuivi par les auteurs de la théorie féconde, parce que morale et subjective, de l'abus des droits !

(1) Voir aussi sur l'*Exégèse des Lois*, PICARD, op. cit. p. 498 et 499.

Nous nous proposons, dans le cours de notre étude, d'appliquer les principes de la théorie exposée ci-dessus à l'usage des voies légales (droit d'agir et de se défendre en justice et voies d'exécution).

CHAPITRE PREMIER

AGIR EN JUSTICE EST UN DROIT

« Toute société humaine, depuis les plus primitives jusqu'aux plus civilisées est, en principe, une mise en commun d'efforts pour assurer l'existence, le développement et le fonctionnement des individus qui la composent, garantir les intérêts de la vie, satisfaire leurs besoins, réaliser leur but » (1).

La satisfaction des intérêts individuels dont la société à la charge, ne saurait heurter, contrarier les intérêts généraux de la collectivité ; ces derniers dépassant, par l'universalité de leur utilité, la somme de toutes les convenances particulières. Intérêts généraux et intérêts individuels doivent s'harmoniser. Cette harmonie, condition essentielle de l'existence et du développement des Etats, postule

(1) PICARD, op. cit. p. 403.

le maintien de l'ordre public et, par suite, entre autres corollaires, l'interdiction absolue pour les citoyens en conflit de se rendre justice eux-mêmes, d'où abolition des vengeances privées, d'où arbitrage obligatoire des tribunaux institués par la Nation.

Le recours à ces juridictions doit être possible toutes les fois qu'un citoyen est ou se trouve lésé dans son *patrimoine*, le mot étant entendu dans son sens le plus large en y comprenant les « biens moraux » à côté des « biens matériels ». Il faut donc reconnaître à chaque homme la faculté d'user des voies légales, d'agir en justice.

Le droit d'ester en jugement apparaît comme aussi sacré que toutes les autres prérogatives concédées par la puissance publique. C'est même un droit naturel, un attribut de la liberté humaine.

Nous dirions volontiers, qu'à l'exemple de tous les autres droits, celui de recourir aux voies légales constitue une limitation de la liberté, limitation commandée par l'intérêt tant des individus en rivalité que de la Société à défendre. La limite en l'espèce, limite toute matérielle, consiste dans l'obligation de s'adresser aux juridictions d'Etat.

Cette obligation est, à notre avis, l'unique limite objective du droit d'agir en justice. Quant à l'exercice de ce droit — exercice qu'il ne faut pas confondre avec le droit lui-même, ce dernier

« existant avant » (1) et indépendamment de sa réalisation — il a aussi une limite objective : le respect des règles et formes prévues par les lois de la Procédure.

Pour l'instant, posons ce principe : *Agir en justice est un droit*.

L'existence de ce droit n'est consacrée expressément par aucun texte de loi ; les législateurs ont cru inutile d'affirmer, par une définition, une prérogative évidente. Il appartenait à la Doctrine et à la Jurisprudence de remplir cette mission, de combler cette lacune.

« Nul n'est en faute s'il n'a fait qu'user de son droit, dit la Cour de Cassation, interprète fidèle de toutes les Juridictions inférieures, et c'est un droit pour les particuliers de soumettre les différends qui les divisent aux tribunaux » (2).

Nul plus que l'Allemand RUDOLPH VON IHERING, « extraordinaire jurisconsulte, le plus grand, je le crois fermement, du dix-neuvième siècle » (3), n'a mis d'âpreté enthousiaste dans l'affirmation de cette prérogative, dont il fait un devoir, dans son célèbre opuscule *Le Combat pour le Droit* (4).

(1) LABORI, *Dictionnaire de Jurisprudence*, Action en justice.

(2) Chambre civile, 6 mars 1889, D. 89-1-184. Voir Resp. suppl. au Rép., DALLOZ, n° 79 et suivant et les nombreux arrêts rapportés.

(3) PICARD, op. cit. p. 16.

(4) Traduction A. MEYDIEU, employé à l'ambassade de France à Vienne (1875).

« Le plaideur qui défend ses intérêts devant les tribunaux s'acquitte, suivant la remarque de VON IHERING, à la fois d'un devoir individuel et d'un devoir social ; d'un devoir individuel, car c'est, en définitive, sa personnalité même pour laquelle il lutte et qui serait diminuée par une capitulation ; d'un devoir social, car, en défendant son droit, « il apporte son obole à la réalisation de l'idée du Droit sur la terre » ; les règles juridiques n'ont de valeur qu'à la condition de s'affirmer effectivement ; c'est aux particuliers qu'il incombe de leur donner la vie ; « chaque individu est un lutteur né pour le Droit dans l'intérêt de la Société » (1).

Résumant à son tour la thèse de VON IHERING, PICARD la fait sienne. La lutte judiciaire n'est, selon le Jurisconsulte belge, qu'une « manifestation isolée très restreinte du combat pour le Droit », manifestation à laquelle il faut se livrer même lorsque l'intérêt, tout en étant réel, semble immédiatement insignifiant, car « qu'il en ait ou non conscience, le citoyen combat alors pour le Droit en général ». La défense d'un droit même très humble a la même importance que la plus modeste des découvertes dans l'ordre scientifique ; on ne peut prévoir ce qu'elle produira » (2).

(1) JOSSEMERAND, op. cit. p. 21.

(2) PICARD, op. cit. p. 273.

PICARD illustrant sa démonstration d'un exemple type, vante le nécessaire *Don-Quichottisme* de cet Anglais, voyageur qui, de passage à Vienne, y séjourna trois années pour obtenir justice contre un hôtelier lui ayant fait tort d'une guinée. « Trois ans d'obscur et obstiné combat pour le Droit ! » (1)

Ainsi paraît incontestablement établi le droit d'agir en justice. Pourtant, on doit le reconnaître, l'argumentation de VON IHERING et celle de PICARD sont basées sur l'existence préalable d'un droit contesté par autrui, contre qui il est juste de le défendre. Ne faut-il pas aller plus loin et affirmer le droit pour tout citoyen d'ester en justice indépendamment des motifs légitimant le recours aux tribunaux. Certains auteurs ont vigoureusement soutenu la négative. Selon eux, le droit d'agir en justice n'a pas de vie propre. Leur raisonnement peut se résumer de la façon suivante : « Le droit d'agir en justice n'est pas un droit distinct, mais simplement un exercice comme un autre, du droit, que l'on prétend avoir et que l'on fait valoir par ce moyen. Si donc on n'a pas de droit au fond, on agit *sans droit* en intentant un procès ou en le soutenant » (2).

Si pressante soit-elle, cette objection ne nous paraît pas décisive. Nous concédons sans peine que

(1) PICARD, op. cit. p. 273.

(2) Ch. APPLETON, Cours de *Pandectes* de 1909 à la Faculté de Lyon.

le droit d'ester en justice a un but, une finalité : la reconnaissance d'autres droits ; mais nous n'allons pas jusqu'à admettre que ce droit — droit second, si l'on veut — se confond avec ceux — droits primordiaux — qu'il a pour mission de protéger, de faire proclamer. L'action en justice établit la réalité du droit contesté, affirme son existence et on ne peut parler d'exercice de tel droit qu'autant que son existence est reconnue. Il faudrait, dans le cas contraire, admettre que tout justiciable qui succombe dans le duel judiciaire, et qui, par conséquent, est censé avoir tort, n'avait pas le droit de soumettre la contestation, objet du procès, à un tribunal. Cette opinion devrait conduire à nier le droit d'ester en jugement à la moitié des plaideurs et amener à soutenir que, dans toute instance, une des deux parties a agi sans droit. Cette conclusion est inadmissible ; elle n'a jamais été accueillie par aucune juridiction. Toutes les fois qu'un tribunal quelconque a été amené à statuer sur une demande de dommages-intérêts supplémentaires, basée sur l'unique motif d'avoir intenté un procès qui s'est terminé par un débouté, il a repoussé énergiquement la nouvelle prétention du vainqueur et y a répondu par la formule devenue traditionnelle : « Celui qui intente un procès ne fait qu'user d'un droit » (1).

(1) DALLOZ, Rep. Responsabilité, Ch. II, sect. 2, art. 1, n° 112, p. 312.

Un exemple très caractéristique est, certes, celui de la demande en justice repoussée par une exception de chose jugée. Il est certain, qu'en vertu de l'adage *Res judicata pro veritate habetur*, le plaideur ne pouvait intenter une nouvelle action ayant même cause et même objet que celle déjà solutionnée. Le droit qu'on prétendait faire valoir est inexistant. Cette raison suffira-t-elle pour fermer la porte du prétoire au demandeur ? Son adversaire pourra-t-il obtenir des dommages-intérêts en arguant, qu'en vertu de l'inexistence de la prétention, ce demandeur a intenté *sans droit* un procès injuste ? La négative est admise. « La partie qui forme une action en justice use d'un droit ; spécialement le fait pour un plaideur de former une demande pouvant être écartée par une exception de chose jugée ne saurait, dit la Cour de Cassation, à lui seul être considéré comme une faute » (1).

C'est reconnaître en termes exprès la distinction entre la prétention en litige et le droit d'agir en justice. Distinction logique qui est adoptée par la Doctrine. « On ne saurait, en effet, confondre l'entreprise directe et effective sur le droit d'autrui » — et c'est cet empiètement qui seul peut constituer l'acte accompli sans droit — « avec le recours aux tribunaux qui subordonne l'exécution à la décision de ceux-ci et constitue l'exercice d'une faculté

(1) Cass. Ch. civile, 6 janv. 1909, D. 1909-1.

légitime même de la part de celui qui succombe» (1).

Pourtant, certains partisans de la confusion ont argué de la règle *Pas d'intérêt, pas d'action*, pour proclamer l'inexistence du droit d'agir en justice sans motif sérieux sans cause légitime !

Nous repoussons cette manière de voir qui, selon nous, repose sur la confusion de la notion d'absence de droit avec celle d'abus.

Comme le dit avec une grande précision un adversaire irréductible de la théorie de l'abus des droits, M. ESMEIN : « Tout citoyen a le droit de porter une *demande quelconque* devant le tribunal et ce droit est *absolu*, en ce sens que le tribunal ne pourra en invoquant l'évidente injustice de la demande refuser d'accueillir celle-ci et de statuer sur elle. Ce droit, il existe au profit des citoyens envers l'Etat » (2).

Reconnaître ce droit à tout citoyen envers l'Etat, le déclarer absolu, c'est, par cela même, proclamer son existence et ce, en dehors des motifs qui décidèrent son octroi et aussi à l'exclusion des raisons qui déterminent son emploi dans chaque cas particulier. Tous les droits ne sont, en définitive, que des prérogatives, des privilèges reconnus par la société organisée à ses membres capables, ce sont des faveurs dont, une fois qu'elles ont été consen-

(1) DALLOZ, Suppl. au Rép. 1895, Ch. II, S. 2, art. 2, § 1^{er}, p. 480, n° 79 et suivants.

(2) ESMEIN, Note dans *Sirey*, 1898-1-21.

ties, leurs bénéficiaires deviennent les propriétaires véritables et dont ils peuvent, par la suite, user à leur guise. Certes, l'usage qui sera fait des droits octroyés pourra préjudicier à autrui, il pourra y avoir abus ou risque créé selon les cas et, partant, réparation nécessaire, mais l'abus, le risque possibles sont des conséquences de l'existence du droit. Ainsi la concession par la puissance publique crée le droit, tout au moins à l'état abstrait ; l'usage en appartient à chaque titulaire qui peut l'exercer abusivement.

Aussi lorsque, après avoir reconnu la concession par l'Etat du droit d'ester en justice, M. ESMEIN ajoute : « mais cette prérogative n'implique pas pour le citoyen, au regard d'un tiers déterminé, le droit d'intenter sciemment ou imprudemment un procès injuste » (1), le savant professeur confond les deux idées d'abus et d'absence de droit ; il se refuse à les séparer l'une de l'autre. Nous répondons qu'un droit, quel qu'il soit, n'est jamais octroyé contre quelqu'un, mais uniquement au profit de son titulaire ; en le dirigeant volontairement contre un tiers, le bénéficiaire ne commet pas un dépassement de son droit, mais il imprime à l'exercice de ce droit une déviation anormale, contraire non au droit considéré en lui-même, mais à sa finalité, à

(1) ESMEIN, Note dans *Sirey*, 1898-1-21.

son rôle social, à ses caractères extrinsèques : il commet un abus.

Le plaideur téméraire se comporte exactement de la même façon que le fonctionnaire municipal qui, en appliquant méchamment contre un de ses administrés un arrêté d'intérêt général, se rend coupable de détournement de pouvoirs ; il commet une faute identique à celle du propriétaire qui fait des fouilles inutiles sur son terrain pour nuire au voisin. Comme eux il use d'une prérogative certaine puisqu'il se sert de la faculté qui lui a été reconnue par l'Etat et qu'il ne sort pas de l'objet de ses attributions ; mais il commet néanmoins un abus.

L'assimilation du plaideur téméraire avec le propriétaire qui exécute des travaux inutiles et vexatoires sur son terrain est d'autant plus exacte que, dans les deux cas, l'exercice du droit n'implique aucun empiètement sur le droit similaire d'autrui. Or, seul, sort des limites objectives de son droit, celui qui s'empare du droit d'autrui : tout propriétaire peut accomplir tel acte qui lui plaît dans son bien sans, pour cela, entraver le droit de propriété du voisin ; tout justiciable peut s'adresser à un tribunal sans porter la moindre atteinte au droit de tous les autres justiciables. « Le développement parallèle et indéfini de droits égaux identiques paraît être ici, non pas une chimère, mais une

possibilité dont il convient de poursuivre la réalisation » (1).

Agir en justice est si bien un droit indépendant des actions qu'il sert à sanctionner que le magistrat qui, sous le prétexte de l'inanité d'une demande se refuserait à statuer sur elle, commettrait une véritable injustice, pénalement et disciplinairement répréhensible ; et que, d'autre part, ce même magistrat, ne pourrait infliger aucune condamnation, même pécuniaire, au plaideur ayant porté devant lui une instance infondée et fantaisiste. La mise des dépens — seule sanction de l'exercice de l'action judiciaire — à la charge de la partie perdante ne prouve pas, nous aurons à l'établir, que le demandeur ou le défendeur n'avait pas le droit d'user des voies légales pour soutenir sa prétention ; les dépens sont simplement la rançon du risque créé.

Nous ne trouvons, dans le Code français, aucune sanction infligée au plaideur téméraire, analogue à celles indiquées par les lois romaines, ni même cette sorte de *diminutio capitis* qui frappe en Angleterre, depuis l'*act* du 14 août 1896, les individus ayant l'habitude d'engager des procès sans fondement. Nous connaissons certes bien l'amende, imposée à la partie qui succombe en cas d'appel, de pourvoi en cassation ou de prise à partie ; mais, outre leur caractère exceptionnel, ces condamnations se justi-

(1) JOSSERAND, op. cit. p. 22.

fient par des raisons autres que la répression de l'exercice sans droit d'une action ; il les faut considérer, soit comme un châtiment pour celui qui a mis injustement en doute la chose jugée par une précédente juridiction, soit, ce qui apparaît plus exact, comme des dépens supplémentaires, qui, comme tous les frais ordinaires supportés par le perdant, sont le prix du risque créé.

De toutes ces considérations, nous croyons pouvoir tirer la conclusion : agir en justice est un droit, droit qui engendre l'abus lorsqu'il est exercé sans intérêt, sans motifs légitimes. Il en est d'user des voies légales comme de celui d'adresser des pétitions aux Chambres et au Gouvernement ; ce dernier à une finalité qui le légitime, mais existe en dehors d'elle et peut être exercé sans tenir compte des motifs qui l'ont fait concéder.

Les arguments, résumés ci-dessus, établissent le droit, objectivement certain, d'introduire une demande quelconque en justice ; *a fortiori*, ils démontrent le droit de se défendre contre une instance. La Cour de Cassation l'a proclamé à différentes reprises. « C'est un droit pour les particuliers, dit la Chambre civile, d'opposer une résistance judiciaires aux demandes dont ils peuvent être l'objet » (1). Ce droit est absolu, il existe pour

(1) Cass. Ch. civile, 20 nov. 1888, D. 89-1-413. Comparer la multitude d'arrêts rapportés à la suite du Répert Dalloz, Responsabilité, Ch. II, sect. 2, art. 2, § 1^{er}, n° 80.

tous les plaideurs alors même qu'ils n'ont aucun argument à opposer aux prétentions indéniables de l'adversaire. Si même la résistance à une action judiciaire justifiée a causé un préjudice au demandeur, celui-ci ne pourra obtenir des dommages-intérêts en basant sa réclamation sur le seul fait que son adversaire lui a occasionné une perte en résistant à sa prétention, car, ce faisant, ce dernier a simplement usé de son droit. Il a été notamment jugé que « la résistance à une demande reconnue fondée peut, alors même qu'elle aurait causée un préjudice, être considérée comme non susceptible de donner lieu à une condamnation à des dommages-intérêts. Ainsi, le débiteur de deniers dotaux déclaré mal fondé dans son refus d'accepter un emploi en actions immobilisées de la Banque de France peut, par appréciation des circonstances de la cause, n'être point condamné à des dommages-intérêts quoique sa résistance ait occasionné une perte à la femme dotale » (1). Il eut fallu, pour qu'il y ait dommages-intérêts possibles, établir la mauvaise foi, l'intention de nuire au défendeur, mais alors il y aurait eu abus et non pas absence de droit de se défendre en justice.

Le droit d'user des voies d'exécution ne saurait, lui, être mis en doute. Tout citoyen a le droit de se

(1) Cour de Rouen, Dalloz pér. 1857-2-102 et sur pourvoi 23 juin 1857, D. 1858-1-106.

servir des armes mises à sa disposition par les textes législatifs pour garantir et assurer le paiement de ses créances certaines.

Concluons donc : user des voies légales, soit en demandant, soit en défendant, soit pour assurer l'exécution des décisions rendues, est, théoriquement, un droit absolu et indépendant des autres droits dont il assure la reconnaissance.

CHAPITRE II

DÉLIMITATION DU DOMAINE DE L'ABUS DANS L'USAGE DES VOIES LÉGALES

L'existence du droit absolu et indépendant d'agir en justice étant retenue, on n'en saurait conclure l'impossibilité pour un plaideur d'engager sa responsabilité vis-à-vis de son adversaire par l'exercice de cette prérogative concédée à tout citoyen par l'Etat. La théorie de l'Abus trouve ici son application comme dans tous les autres domaines de l'activité humaine. Les principes généraux formulés au début de cet ouvrage vont permettre de confiner son terrain propre en la matière.

L'abus d'un droit quelconque, avons-nous dit, est une notion essentiellement subjective qui suppose un individu titulaire d'une faculté juridique

l'exerçant sans sortir de son objet dans une direction contraire à sa finalité. Quiconque sort des limites matérielles d'un droit ne commet pas un abus, il agit sans droit.

Appliquons cette règle au droit d'user des voies légales. L'exercice de ce droit, abstraitement certain, est conditionné par le Code de Procédure civile, qui édicte les prescriptions à observer pour s'adresser utilement aux différents ordre de juridictions. Quelle que soit l'excellence de ses prétentions, un plaideur ne pourra les faire triompher qu'en s'adressant aux tribunaux institués par l'Etat, à certains juges déterminés et dans les formes impérativement fixées par la loi. Saisir une juridiction incompétente, ne pas suivre les errements de la Procédure, c'est sortir de la seule limite objective que nous avons fixée au droit d'ester en justice, c'est, par conséquent, agir contrairement aux textes et à la lettre et, partant, sans droit. Ce sera, par exemple, le cas d'un demandeur ayant, malgré les dispositions de l'article 48 du Code de Procédure, introduit une action devant le tribunal de première instance sans avoir, au préalable, tenté le préliminaire de conciliation devant le juge de paix ou s'être fait dispenser de cette formalité ; ce sera le cas du plaideur ayant porté devant le tribunal cantonal une action personnelle ou mobilière excédant la valeur de six cents francs, et ce,

contrairement à l'article premier de la Loi du 12 juillet 1905 ; ce sera encore le cas d'une partie ayant interjeté appel d'une décision devenue irrévocable et définitive par l'expiration des délais légaux. Dans toutes ces hypothèses et toutes autres similaires, l'auteur empiète sur le droit d'autrui en tentant de priver son adversaire des garanties dont il est formellement investi par la loi.

A plus forte raison agira sans droit celui qui, même de bonne foi, passera à des actes d'exécution sans être dans les conditions imposées par les textes législatifs pour y procéder ; ce sera, par exemple, celui qui poursuivra une saisie sans tenir compte d'une opposition ou d'un appel suspensif, ou celui qui exigera le montant d'une condamnation conditionnelle sans réaliser la condition imposée (1).

Dans toutes ces situations, le justiciable est sorti des confins assignés à son droit d'user des voies légales, nous ne sommes donc pas en présence d'individus titulaires d'un droit, nous sommes, dès lors, en dehors du cadre de l'abus.

(1) Voir Cour de Cassation, 23 fév. 1875, Dall. 1-296. L'espèce était la suivante : Un sieur Martin avait obtenu un arrêt condamnant le sieur de Francery à lui payer 40,000 francs, à titre de provision, mais cette condamnation ne devait avoir effet qu'autant que Martin avait livré le salde de ses fournitures et qu'elles auraient été dûment reconnues confectionnées. Martin voulut poursuivre l'exécution sans observation de la condition. La Cour de Cassation, appelée à statuer sur un arrêt condamnant Martin à des dommages-intérêts envers de Francery, confirma en disant que « les poursuites de Martin n'avaient pas eu de cause légitime ». Il aurait mieux valu dire qu'il avait agi *sans droit*.

Les actes accomplis sans droit ne sont pas les seuls qui n'entrent pas dans la sphère de l'abus. C'est à tort qu'on y voudrait comprendre tous les cas où le plaideur succombe et est condamné aux dépens. Nous avons déjà vu en établissant l'existence du droit d'agir en justice, que le fait d'être vaincu dans le combat judiciaire ne prouve pas que le perdant a agi sans droit ; il ne saurait non plus à lui seul être constitutif d'abus.

En effet, il n'y a abus que si le bénéficiaire d'un droit l'exerce contrairement à sa finalité. Or, quel but a poursuivi l'Etat en concédant à tout citoyen le droit d'ester en justice ? Il a voulu, dans l'intérêt de la paix publique, faire consacrer ou repousser des prétentions litigieuses, faire pacifiquement trancher les contestations entre particuliers, en donnant aux tribunaux la mission de reconnaître et de proclamer les droits méconnus, de les fixer aux yeux mêmes de leurs titulaires, naturellement et presque inconsciemment portés à repétisser le droit d'autrui et à exagérer le leur propre. En s'adressant au juge pour les éclairer sur le bien fondé de leurs conceptions opposées et rivaies, les plaideurs exercent leur droit conformément à sa destination, aussi bien ceux qui triomphent que ceux qui succombent.

Néanmoins peut-on objecter, la condamnation aux dépens qui frappe le perdant ne vient-elle pas

le punir de sa témérité ? Ne se justifie-t-elle pas par l'idée de faute commise, d'abus du droit de plaider ?

La solution négative s'impose, elle est généralement admise par la doctrine qui — malgré la formule terminant les jugements et arrêts : « condamne la partie qui succombe aux dépens » et à laquelle il serait plus exact de substituer, comme le font certains tribunaux, une phrase n'évoquant aucune idée de pénalité, telle : « dit que les dépens seront supportés par la partie qui succombe » — proclame que l'attribution des dépens n'est pas une peine infligée au plaideur téméraire « pour la raison qu'il y a de nombreux cas où on ne peut pas reprocher au plaideur qui succombe d'avoir commis une faute et où, en plaidant, il n'a fait qu'user très légitimement de son droit » (1).

Quel est donc le fondement juridique de la condamnation aux dépens ? Faut-il en puiser le principe dans « l'obligation naissant du contrat judiciaire qui s'établit entre les parties par cela seul qu'elles se présentent devant la justice pour obtenir droit ? » (1) Nous ne le pensons pas, malgré l'autorité qui s'attache aux noms des auteurs de cette théorie : MM. BOITARD, GARÇONNET, GLASSON... L'idée de contrat tacite entre ennemis en lutte nous rebute ; elle ne peut d'ailleurs s'appliquer à tous les

(1) *Nouveau Code de Procédure civile* annoté, DALLOZ, Edition 1912. Sous art. 130, T. 1^{er}, page 412, nos 13, 14 et 15.

cas : la partie défaillante peut avoir à supporter les dépens, c'est même ce qui arrive d'ordinaire ; pourtant on ne saurait dire, sans paradoxe, qu'elle est liée par un accord de volonté au poursuivant qu'elle veut ignorer. La notion du risque qui, elle, n'évoque aucune idée de contrat et qui, appliquée au recours judiciaire, n'exclut aucune des attitudes prises par les parties, l'abstention comprise, paraît seule capable de fournir une base juridique à la condamnation aux dépens.

Nous avons vu, en effet, que le bénéficiaire d'un droit qui l'exerce normalement peut occasionner un préjudice à autrui, sans aucune pensée mauvaise, sans intention de nuire. C'est le cas de la Compagnie de chemin de fer dont une locomotive incendie une propriété riveraine de la voie ; c'est celui du patron dont un ouvrier se blesse en exécutant le travail commandé ; c'est encore celui du plaideur qui succombe dans la prétention qu'il a soumise à l'arbitrage d'un tribunal ou contre laquelle il n'a pas opposé de raison ayant entraîné la conviction des juges. Il y avait, dans cette dernière espèce, un risque créé par le seul fait de l'exercice licite du droit d'ester en justice, ce risque, la décision intervenue l'a réalisé. Le plaideur qui succombe en supporte la charge en défrayant des dépenses exposées son antagoniste, qui a dû faire des débours

pour opposer son droit d'user des voies légales à celui identique de l'adversaire.

Le législateur a si peu voulu attacher l'idée de châtiment à l'attribution des dépens que, loin de les laisser fixer par les tribunaux, en leur permettant d'y comprendre tous les débours du gagnant, il les a soigneusement limités aux seuls frais nécessités par les actes de procédure, frais exactement tarifés. Ici le prix du risque est strictement déterminé; c'est le triomphe de la responsabilité purement objective; aucune latitude n'est laissée au juge, aucun élément d'ordre subjectif n'intervient dans l'appréciation ni du taux, ni de l'attribution des débours.

Les dépens n'étant pas une peine infligée à la faute du plaideur malheureux, la seule condamnation aux frais du procès ne permet pas de ranger dans la catégorie des actes abusifs l'exercice par la partie qui succombe du droit d'ester en justice.

C'est aussi par la théorie du risque que doit s'expliquer la condamnation à des dommages-intérêts prononcée parfois contre l'intimé en faveur de l'appelant d'une décision de première instance exécutoire nonobstant appel. En poursuivant l'exécution d'une pareille sentence, celui qui l'a obtenue use d'un droit formellement reconnu par la loi; si, pourtant, le jugement est mis à néant par l'arrêt,

des dommages-intérêts peuvent venir rétribuer l'exécuté du préjudice subi, car, ainsi que le proclame la Cour de Cassation, « l'exécution d'un jugement susceptible de recours n'a jamais lieu qu'*aux risques* du gagnant » (1). Cette formule est excellente et il est, certes, regrettable que dans cet arrêt-type, la Cour l'ait accompagnée d'autres considérations qui en affaiblissent la portée. Elle exprime par elle seule une situation très précise, celle où il y a usage normal d'un droit, mais usage générateur de responsabilité en dehors de toute idée de faute.

Ainsi sont exclus du domaine de l'abus du droit d'user des voies légales aussi bien les actes accomplis en dehors des limites objectives de cette prérogative, que ceux entrant dans le cadre de cette faculté légitime et exécutés suivant l'esprit de l'institution. Il ne reste donc, comme susceptible d'engager, en la matière, la responsabilité subjective de leur auteur, que les actions judiciaires exercées par les titulaires du droit, sans tenir compte de sa finalité, de sa destination sociale. En d'autres termes, pour ne pas être générateur d'abus, « le droit d'estimer en justice doit être rempli *socialiter* » (2).

Il est donc, lorsque, conformément au but de l'institution, le recours aux voies légales sera commandé par un intérêt sérieux, par un motif

(1) Chambre des Requêtes, 27 avril 1864. *Dall. per.* 1864-1-363.

(2) PICARD, *op. cit.* p. 246.

légitime, lorsque l'usage n'en sera pas déterminé par un esprit malicieux, par l'intention de nuire.

L'étude des solutions jurisprudentielles va nous prouver si cette conception de l'abus a été accueillie par les tribunaux.

CHAPITRE III

DE L'ABUS DES VOIES DE DROIT DANS LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

La question se pose ainsi : La Jurisprudence française, qui proclame énergiquement qu'user des voies légales est un droit certain, admet-elle, toutefois, que l'usage de ce droit peut dégénérer en abus susceptible de donner lieu, outre l'attribution des dépens, rançon du risque, à des dommages-intérêts spéciaux et supplémentaires, contre le perdant, au profit de la partie gagnante, en réparation du préjudice indûment causé à celle-ci par des manœuvres déloyales ?

La solution affirmative ne saurait être douteuse ; elle est depuis fort longtemps admise, quant au principe, par les tribunaux français de tous ordres. Conscients de la grandeur de leur mission sociale,

les magistrats se sont toujours et très justement attribué le pouvoir de scruter les mobiles de tous les actes humains soumis à leur censure ; l'appréciation de la moralité du fait même d'estimer en jugement ne pouvait échapper à leurs investigations. « La procédure a été instituée, dès l'origine, pour protéger les plaideurs honnêtes contre les ruses et les surprises de ceux qui ne le sont pas » (1). Quiconque tente de s'en servir pour couvrir ses supercheries, ses habiletés méchantes, ses empiètements sur le bien d'autrui, pour assouvir ses vengeances, transforme en instrument d'odieuse tyrannie un instrument de pacification et de concorde ; il la dévie dès lors de son rôle ; il commet une faute anti-sociale qui engendre la responsabilité vis-à-vis de celui qui en est la victime. Cette responsabilité, il appartient au juge de la découvrir et de la sanctionner.

L'abus peut être commis dans toutes les manifestations du droit d'agir en justice. Il peut surgir, dès le début d'un procès, du seul fait d'avoir intenté une action de mauvaise foi, avec intention de nuire.

« Si celui, dit la Cour de Cassation, qui a recours aux voies judiciaires pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû ne fait qu'exercer un droit légitime, il en est autrement de celui qui y a recours

(1) G. RANSSON, juge au Tribunal de la Seine, *Essai sur l'art de juger*.

abusivement, par malice ou par esprit de vexation, ou même par une erreur grossière équivalente au dol » (1).

C'est ce principe de l'abus constitué par la volonté méchante et nocive qu'a appliqué la Chambre des Requêtes en décidant qu'« indépendamment des frais, une condamnation à des dommages-intérêts peut être mise à la charge de la partie qui succombe si ses attaques ont été injustes et abusives » (2).

Cette Jurisprudence, très établie, la Chambre des Requêtes l'a notamment consacrée en rejetant le pourvoi d'un individu condamné, outre les dépens, à des dommages-intérêts par le juge du fond, en déclarant qu'il résultait de tous les éléments du procès la preuve entière que la demande était illégitime à cause du paiement de la somme réclamée, déclaration qui impliquait un abus du droit de saisir les tribunaux (3).

Cette même juridiction l'a aussi appliquée récemment contre un plaideur qui avait actionné un tiers devant la Justice, en s'attribuant faussement le titre du syndic d'une association syndicale libre, fait qui constitue « un acte abusif, malicieux et vexatoire et

(1) Chambre des Requêtes, 11 juin 1890, DP. 1891-1-193 ; 15 mars 1892, DP. 92-1-272 ; 24 nov. 1897, Rec. Gaz. Trib., 98-1-135 ; 26 déc. 1899, R. G. T. 1900-1-114 ; Civ. 6 janv. 1909, DP. 1909-1-99 et arrêts rapportés en note, DP. 11-1-371.

(2) Ch. des Req., 21 juillet 1882, DP. 82-1-185

(3) Ch. des Req., 28 mai 1884, Suppl. au rep. D. 1885, Resp., op. cit.

qui légitime une condamnation du demandeur en réparation du préjudice causé » (1).

La même Chambre des Requêtes a également repoussé le pourvoi d'un plaideur qui avait été condamné à des dommages-intérêts pour n'avoir, pendant une série d'années, cessé d'engager des instances diverses et téméraires, naissant les unes des autres et contredites, dès l'origine, par une expertise antérieure (2). La mauvaise foi était évidente. Elle l'était non moins dans l'attitude d'un gendre qui, pour satisfaire ses rancunes contre la famille de sa femme, avait harcelé, pendant douze ans, ses beaux-parents de procès injustes et très coûteux (3).

Un exemple remarquable est, certes, celui de la condamnation à des dommages-intérêts d'un notaire qui, ayant cédé sa charge et promis au concessionnaire de lui conserver les clients habituels de l'étude, avait néanmoins formé contre ces derniers des instances vexatoires, après leur avoir fait des demandes abusives d'honoraires et de frais et ce, dans le but, en amoindrissant les produits de l'office, de préjudicier à son successeur. En l'espèce, réparation pécuniaire fut accordée, non pas au défendeur, victime directe des actions dolosives,

(1) Ch. des Req., 25 oct. 1909, DP. 10-1-189.

(2) Ch. des Req., 1^{er} juillet 1889, DP. 90-1-375.

(3) Ch. des Req., 26 déc. 1895, DP. 95-1-529.

mais au nouveau notaire, victime indirecte des procédés de son prédécesseur (1).

Dans un autre ordre d'idées, commet un abus de citation celui qui, contrairement à la finalité du droit d'ester en justice, dirige une action, non pas dans le but avoué de faire sanctionner la prétention exposée, mais dans celui d'intimider et d'effrayer son adversaire et de l'amener, par ces procédés, à une transaction désastreuse pour lui. La transaction sera, certes, nulle comme entachée de violences, mais, aussi, des dommages-intérêts seront dûs au défendeur (2).

Un exemple intéressant d'abus est celui qu'a sanctionné le Tribunal correctionnel de Boulogne-sur-Mer, lorsqu'il a condamné à des dommages-intérêts envers le prévenu la partie civile qui avait usé du droit de citation directe, « non en vue de la répression d'un délit que les débats devaient établir, mais à l'effet de faire sortir éventuellement de l'interrogatoire du prévenu des renseignements ou un aveu qui puissent lui être opposés dans une instance civile ». De pareils procédés, dit le Tribunal, « constituent manifestement un abus de la citation directe » (3).

(1) Ch. des Req., 11 juin 1890, DP. 91-1-193 et la note de M. Em COHENY, professeur à la Faculté de Droit de Lyon.

(2) Ch. des Req., 19 février 1879, DP. 79-1-445.

(3) Trib. corr. de Boulogne-sur-Mer, 22 juin 1898, R. G. T. 98-2468. Voir aussi Cass. Ch. Crim. 25 mars 1898, R. G. T. 98-1-119.

Dans toutes les décisions mentionnées ci-dessus, il y a déviation du droit, direction anormale donnée par l'intention de nuire, l'abus est retenu, *malitiis non est indulgendum*.

L'exercice du droit de se défendre en justice est soumis aux mêmes limites que celui de la faculté d'intenter une action. Les deux plateaux de la balance sont maintenus égaux. La Chambre Civile de la Cour de Cassation a fréquemment proclamé que : « La défense en justice est un droit dont l'exercice ne dégénère en faute pouvant donner ouverture à des dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou, tout au moins, d'erreur grossière équipollente au dol (1).

La malice, la mauvaise foi, l'intention de nuire, motifs illégitimes, peuvent se révéler non seulement dans le fait même d'intenter un procès ou de s'y défendre, mais aussi par les procédés employés pendant le cours de l'instance, bien que considérés en eux-mêmes, ces procédés soient licites.

C'est ainsi que le choix du tribunal appelé à statuer pourra être abusif. Voilà un demandeur qui,

(1) Ch. Civ. 28 mai 1889, DP. 90-1-385 ; 30 oct. 1889, DP. 90-1-184 ; 8 juin 1891, DP. 91-4-276. Voir aussi les nombreux arrêts rapportés aux Supp., Rep. Dalloz, Resp. ch. II, sect. 2, § 1^{er}, n° 80, et aussi Req. 27 juillet 1898, *Gaz. Trib.* n° du 30 juillet 1898 ; Ch. civ. 12 fév. 1900, DP. 1904-1-469 ; 22 déc. 1900, DP. 1904-1-237 ; 30 déc. 1907, R. G. P. 1908-1-100 et 1909-1-193, et comme décision récente Ch. civ. 19 déc. 1911, *Bull. des Chem. de fer*, 1912-1-1.

ayant la faculté de s'adresser à plusieurs juridictions, porte son action devant la 'plus éloignée du domicile réel du défendeur, pour être désagréable à ce dernier en le contraignant à des déplacements et à des frais considérables. Il reste, certes, dans les limites objectives de son droit lorsqu'il se trouve dans les cas prévus par l'article 59 du Code de Procédure civile, paragraphes 4 (matières mixtes) et 9 (élection de domicile pour exécution d'un acte), ou dans les termes de l'article 420 du même Code (compétence commerciale) ; pourtant, si la volonté nocive qui a dicté l'option est démontrée, elle légitime une condamnation à des commages-intérêts envers le défendeur (1).

A un autre point de vue, engage aussi sa responsabilité celui qui, sans intérêt sérieux, soulève toutes sortes d'exceptions, provoque des incidents multiples pour prolonger démesurément des débats et causer ainsi un tort considérable à son adversaire. « La condamnation de la partie qui succombe à des dommages-intérêts, en outre des dépens est suffisamment justifiée, dit la Cour de Cassation, par la décision qui, après avoir constaté les procédés de de cette partie, par exemple, les retards vexatoires qu'elle a apportés dans l'examen de cette affaire en multipliant les incidents de procédure et en faisant défaut sur son propre appel, et, après avoir apprécié

(1) Cour de Toulouse, 12 juillet 1824.

le but déterminant ces procédés et leur caractère vexatoire, déclare qu'ils constituent une faute à sa charge » (1).

Ce sont ces mêmes principes qui ont amené la Cour de Paris (huitième Chambre) à accorder, le 19 novembre 1908, des dommages-intérêts, refusés par le Tribunal Civil de Versailles, contre un plaideur qui avait résisté pendant très longtemps « à une réclamation que l'équité, à défaut de la loi, devait lui conseiller d'accueillir » et qui avait « multiplié comme à plaisir les incidents de procédure coûteuse et des artifices devant toutes sortes de juridictions, afin de retarder la solution d'un litige en lui-même très simple et de lasser la patience de son adversaire ». La Cour de Paris déclare que de pareils procédés sont vexatoires ; elle les retient comme constitutifs d'abus et par suite comme susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur. Cet arrêt a été confirmé par la Chambre des Requêtes, le 10 janvier 1908 (2).

Il a même été jugé que le défendeur, ayant gain de cause au fond, peut néanmoins être condamné à des dommages-intérêts envers l'adversaire « pour avoir négligé d'opposer une exception de nature à

(1) Ch. civ. 3 août 1891, DP. 92-1-566. Voir aussi 14 novembre 1905, DP. 1905-2-272.

(2) DP. 1911-1-372. Voir aussi Tribunal de paix de Chapelle-la-Reine, 14 avril 1903. *Moniteur Judiciaire* de Lyon, 14 mai 1909. « Le demandeur à qui le défendeur a proposé une exception non justifiée a droit à des dommages-intérêts pour ses démarches et pertes de temps ».

manifester son droit et à écarter l'action, et avoir ainsi laissé, dans le but de causer des frais supplémentaires au demandeur, ordonner un jugement préparatoire, procéder à des enquêtes et à une expertise » (1).

L'usage des voies de recours des décisions rendues en première instance peut, lorsqu'il est immodéré, dégénérer en abus. C'est ainsi que le droit de faire appel a souvent été déclaré illégitime, bien qu'exercé conformément aux prescriptions des textes législatifs, lorsqu'il en a été fait un emploi inconsidéré. « Les juges peuvent prononcer contre le demandeur une condamnation à des dommages-intérêts s'ils déclarent que l'appel relevé par lui était vexatoire et s'il a causé au défendeur un préjudice sérieux » (2).

L'appel sera réputé vexatoire « s'il est constaté en fait qu'il est inspiré par la malice et la mauvaise foi, s'il repose sur le dol ou une faute lourde équivalente au dol ou bien encore s'il est prouvé qu'il est la conséquence d'une action déraisonnable, démontrée par l'accumulation de procédures frustratoires absolument abusives » (3) ou s'il est établi

(1) DP. 92-1-571. Voir Supp. au Rep., Respons., n° 80 et suiv.

(2) Req., 22 avril 1898, DP. 98-1-391 ; 22 janvier 1900, DP. 1900-1-159 ; 20 juin 1904, DP. 1906-1-476 ; Civ. 2 fév. 1910, Sir. 10-1-239 arrêts et note.

(3) Cour de Besançon, 25 juillet 1899, Rec. G. P. 99-2-662.

qu'il n'a été interjeté que « dans l'intention d'arrêter le cours de la justice » (1).

De très nombreux arrêts sanctionnent depuis fort longtemps l'abus d'appel (2). Il a été notamment jugé en la matière que « si l'exercice régulier du droit d'appel fait de bonne foi, ne peut-être une source de dommages-intérêts, il en est autrement lorsque l'appel est fait abusivement, sans motif sérieux, de mauvaise foi, et dans le seul but d'obliger l'intimé à de nouveaux frais, alors surtout que l'appelant fait défaut » (3).

Les voies de recours extraordinaires elles-mêmes peuvent, outre l'amende qui sanctionne leur usage intempestif, donner lieu à des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par l'abus commis dans l'usage de ces moyens de droit. C'est ce qu'il a été décidé le 23 novembre 1910 par la Chambre des Requêtes dans un arrêt confirmatif d'une sentence de la Cour de Toulouse, du 31 juillet 1907, laquelle accorde des réparations civiles contre le demandeur qui « dans le but de troubler le repos des défendeurs avait, par esprit de malice et de chicane, introduit une procédure de prise à partie contre un premier

(1) Alger, 26 mars 1903, *Rev. de Lég. alg.* 1904-2-98.

(2) C. de Cass. 27 mai 1884, DP. 84-1-437 ; 2 fév. 1892, DP. 92-1-115 ; 22 janv. 1900, DP. 1901-1-509 ; 20 juin 1904, DP. 1906-1-476 ; 14 nov. 1905, DP. 1905-2-270 ; 2 fév. 1910, DP. 11-1-368, avec notes et arrêts rapportés.

(3) Cass., 14 avril 1893, DP. 93-1-413, et arrêt rapporté en note.

Président de Cour d'appel et des officiers ministériels » (1).

Pas plus que les voies de recours, les voies d'exécution ne sauraient être mises à l'entière disposition de tous ceux qui se trouvent dans les conditions objectives pour en faire supporter la rigueur à leurs débiteurs. Les juges se sont efforcés d'atténuer ici l'inflexible rigidité des prescriptions légales. Ils ont décidé que celui qui en use abusivement engage sa responsabilité (1). C'est ainsi, notamment, que le Tribunal de Sousse, dans son audience du 7 décembre 1911, a prononcé une condamnation à 200 francs de dommages-intérêts contre un certain SITBOX, Européen, qui, créancier d'une somme principale de 400 francs environ, due par le sieur ALLILÈCHE, Tunisien, avait fait procéder à toute une série de saisies-brandons annuelles contre son débiteur, alors qu'il était notoire que l'exécution de ces saisies ne pouvait produire que des sommes minimales à peine suffisantes pour payer les frais de justice et les intérêts de la dette; ce qui n'avait qu'un résultat : ruiner le débiteur sans éteindre la dette principale, laquelle, au surplus, avait été réglée par une caution AKIK, Tunisien, après la première saisie-brandon. En l'espèce, il eût appartenu à la caution de se retourner contre le débiteur; mais

(1) Aff. PETY contre MERCIÉ et autres, *Gaz. du Palais*, 1909-1-147.

(2) C. de Cass., 26 déc. 1893, DP. 95-1-529.

le créancier principal, par malice et méchanceté, s'était substitué à elle, afin d'augmenter les frais d'ALLILÈCHE. Ces frais, en effet, eussent été considérablement diminués en suivant la procédure tunisienne, applicable entre indigènes et qui supprime toutes sortes de débours tels que transport de l'huissier instrumentaire, des témoins, frais d'acte, etc... Tous ces procédés ont été déclarés *abusifs* par le Tribunal (1).

Nous ne saurions terminer cette rapide revue de l'abus dans les voies de droit sans en signaler la possibilité dans l'exercice de la plus énergique des mesures conservatoires : la saisie-arrêt. Son but est de permettre à un créancier, qui a des doutes sur la solvabilité de son débiteur d'une somme exigible et liquide, de s'assurer du paiement de la dette, en s'opposant à ce qu'un tiers, débiteur de son débiteur, se libère envers ce dernier. On n'en comprend l'usage qu'autant que la créance du saisissant est en péril ; la pratiquer, sans motif légitime, pourra constituer un procédé vexatoire. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une saisie-arrêt pratiquée sans aucune réclamation préalable faite aux débiteurs, alors que rien dans l'attitude de ces derniers, commerçants établis, ne permet de supposer que la créance est en danger, constitue un procédé abusif et qu'en conséquence, les frais de

(1) Archives du Greffe civil du Tribunal de Sousse (Tunisie).

saisie-arrêt doivent être laissés à la charge du créancier, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il peut être condamné en réparation du dommage causé (1). Si l'abus existe en l'espèce, à plus forte raison doit-il être retenu lorsqu'il est établi que la saisie-arrêt a été faite entre les mains d'un patron sur les appointements de l'ouvrier pour produire sur l'esprit du premier une impression fâcheuse propre à nuire à l'avancement de l'agent, ou même pour le priver des ressources nécessaires à sa vie et à sa famille (2). L'intention de nuire de nature à motiver des réparations pécuniaires sera aussi retenue contre le créancier qui, pour porter atteinte au crédit de son débiteur, aura pratiqué des oppositions dont l'importance excède considérablement la créance pour sûreté de laquelle il agissait (3).

De toutes les décisions citées, il semble que l'on peut, sans contredit, déduire l'affirmation que la Jurisprudence française proclame la possibilité de l'abus dans l'usage des voies de droit. Il semble même qu'on peut en fixer le critérium dans la déviation de la finalité de ce droit, déviation constituée par l'intention malicieuse, la mauvaise foi, la volonté de nuire sans intérêt réel.

(1) Trib. civ. de la Seine (5^e Ch.), 21 juin 1911, *Gaz. Trib.* 5 oct. 1911.

(2) Cour de Paris, 17 janv. 1894, *Journal des Tribunaux de Tunisie*, 1894, page 339.

(3) C. de Cass., 26 déc. 1893, *Dall.* 95-1-529.

Ne faut-il pas aller plus loin ? Nous l'avons vu en rapportant les termes des décisions jurisprudentielles, la faute lourde, équipollente au dol, est, au même titre que la pensée méchante, retenue comme constitutive d'abus. A cela, rien d'étonnant : la confusion de la *culpa lata* et du *dolus malus* est traditionnelle dans la Doctrine et dans la Jurisprudence.

Mais ne doit-on pas aussi comprendre dans la caractéristique de l'abus la faute simple née de la témérité ?

Pour peu qu'on lise attentivement la formule ordinaire des arrêts de la Chambre des Requêtes et celle des décisions de la Chambre Civile, on s'aperçoit qu'il existe, ou tout au moins existait jusqu'à ces dernières années, une différence de vues très nette, à ce sujet, entre les deux Chambres de la Cour de Cassation.

L'une, la Chambre Civile, a toujours fait montre d'un esprit restrictif, ne retenant l'abus que lorsque la mauvaise foi et l'intention de nuire sont établies.

Elle a impitoyablement cassé toutes les sentences accordant des dommages-intérêts supplémentaires sans retenir les circonstances aggravantes de la pensée malicieuse et nocive. Sa formule, aussi loin qu'on remonte dans la chronologie de ses décisions, demeure invariable ; qu'elle s'applique à l'abus d'intenter une action, de se défendre en justice,

d'user des voies de recours, elle s'exprime toujours par une affirmation catégorique : « Agir en justice est un droit dont l'exercice ne peut donner lieu à des dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi » ; et cette pensée restrictive se précise par des mentions telles que « il ne suffit pas pour justifier une condamnation à des dommages-intérêts qu'un préjudice ait été causé si aucune faute n'est constatée à la charge de la partie qui succombe au fond (1).

L'autre, la Chambre des Requêtes « est moins exigeante ». La simple « témérité » suffit pour engager la responsabilité subjective. Comme le disait, en résumant, la Jurisprudence de cette Chambre et en la comparant à celle de la Chambre Civile, M. le Conseiller Rapporteur LEPELLETIER en mai 1884 : « Elle ne tient plus la méchanceté, la mauvaise foi, la malice, le dol comme conditions nécessaires de la faute... Il lui suffit qu'il ait été opposé une résistance injuste à une demande légitime pour qu'elle retienne la faute prévue par l'article 1382 » (2). A l'appui de sa démonstration, M. LEPELLETIER invoquait diverses décisions antérieures qui devaient être, dans la suite, rapportées par tout un ensemble d'arrêts.

(1) Ch., Civ. 17 octobre 1878, D. 79-1-425 ; 28 déc. 1881, D. 83-5-154 ; 2 février 1910, DP. 11-1-368.

(2) Ch. Req., 27 mai 1884, DP. 84-1-437 et rapport de M. le Conseiller LEPELLETIER.

L'opposition entre les deux Chambres est flagrante. Elle est rendue plus sensible encore lorsque l'on compare deux décisions prononcées le même jour, 14 août 1882, sur des espèces semblables : la condamnation à des dommages-intérêts d'appellants téméraires. La Chambre Civile casse l'arrêt de la Cour d'appel ayant retenu la responsabilité alors qu'aucune mauvaise foi n'est alléguée ; la Chambre des Requêtes rejette le pourvoi contre une sentence de condamnation basée sur la simple témérité.

Cette divergence persiste-t-elle ? M. E. COHENDY, dans la note qu'il a consacrée dans *Dalloz* (1) sous un arrêt rendu le 11 juin 1890, admet que dans cette dernière décision la Chambre des Requêtes reste fidèle à sa jurisprudence précédente. Nous ne le pensons pas, car nous trouvons en l'espèce, une formule analogue à celle de la Chambre Civile, formule qui, après avoir affirmé que celui qui se sert des voies légales exerce une faculté légitime, ajoute : « Il en est autrement de celui qui y a recours *abusivement, par esprit de malice ou par esprit de vexation*, ou même par une erreur grossière équivalente au dol. Les mots « par malice ou par esprit de vexation » complètent en le définissant le sens du mot « abusivement ».

Pourtant certains arrêts postérieurs, lus un peu trop hâtivement, pourraient donner à penser que la

(1) Ch. Req., 11 juin 1890 ; D. 90-1-194 et la note.

Chambre des Requêtes est revenue à son ancienne jurisprudence. C'est ainsi, notamment, qu'un arrêt du 16 janvier 1899 (1) rejette le pourvoi d'une demoiselle CHEVET contre une décision de la Cour d'Orléans qui l'avait condamnée à 200 francs de dommages-intérêts envers un sieur JEHAN « pour le motif que sa demande était téméraire ».

De l'adoption du motif des premiers jours par la Chambre des Requêtes, on pourrait, de prime abord, conclure à la simple témérité, constitutive d'abus du droit d'agir en justice, mais on se convainc vite du contraire par la suite de l'arrêt de la Cour de Cassation :

« Attendu, y est-il dit, qu'il résulte tant des qualités que du jugement et de l'arrêt qui en a adopté les motifs, que la témérité de la demoiselle CHEVET doit s'entendre, moins du mal fondé de sa demande que du fait d'avoir reproduit contre JEHAN des griefs dont l'inanité lui avait été déjà démontrée ».

D'où l'on peut déduire que la Chambre des Requêtes reconnaît que la condamnation aux dommages-intérêts résulte non de la seule témérité de l'action en justice, témérité qui n'est retenue que comme un élément complémentaire de la faute ; mais plutôt de celle de l'articulation de griefs erronés portant atteinte à l'honneur et à la considération de JEHAN. La condamnation ne vise donc pas

(1) Ch. des Req., Rec. Gaz. Trib., mai 1899, D. 99-1-200.

le droit d'estimer en justice et, par conséquent, l'arrêt ne prouve pas que, selon la Chambre des Requêtes, la seule témérité suffit pour constituer l'abus dans l'usage des voies légales.

Nous pourrions faire un raisonnement analogue au sujet d'un arrêt du 19 novembre 1905, rendu en matière de contrefaçon. Les juges du fond, y est-il dit, peuvent condamner le demandeur en contrefaçon à des dommages-intérêts en se fondant sur ce que son action était *inconsidérée*, alors que cette expression se réfère seulement aux considérants par lesquels les juges expliquent que la demande n'est pas sérieuse, mais, encore, à cette circonstance que le demandeur aurait dû être averti par un échec dans une action semblable par lui antérieurement portée devant la juridiction correctionnelle (1). La condamnation aux dommages-intérêts résulte ici, non du fait d'avoir introduit une action devant la Justice, mais bien de celui d'avoir — ce qui peut être reconnu comme une faute lourde — fausement et d'une façon persévérante, malgré la démonstration du contraire, imputé un délit de contrefaçon à autrui.

L'examen d'autres arrêts (2) de la Chambre des Requêtes, procédant du même esprit que ceux que nous avons rapportés, ne pourrait que confirmer

(1) Ch. des Req., 29 nov. 1905, D. 1906-1-207.

(2) Ch. des Req., 15 avril 1908, D. 1908-1-423.

dans l'idée que ce Haut Tribunal s'est rangé, en la matière, à l'avis de la Chambre Civile.

Quoiqu'il en soit, nous pensons, malgré l'opinion de M. le Conseiller LEPELLETIER, que la doctrine défendre de tout temps par la Chambre Civile est la seule exacte. L'abus du droit d'user des voies légales est constitué non par la simple témérité, mais par la simple volonté de nuire, par la méchanceté. Or, l'intention dolosive ne se rencontre pas forcément chez le plaideur téméraire ; ce dernier, persuadé de la justesse de ses prétentions, en poursuit aussi loin que possible la reconnaissance par tous les moyens en son pouvoir, ce que faisant, il use de son droit et en use conformément à sa destination. Il pourra, certes, engager, même dans ce cas, sa responsabilité ; mais à cela, rien d'étonnant, car, ainsi que nous l'avons vu, il est possible qu'en exerçant normalement son droit, on crée un risque dont on doit supporter les conséquences onéreuses et dont la condamnation aux dépens, la seule qui puisse atteindre le plaideur uniquement téméraire qui n'est pas de mauvaise foi, assure la rétribution.

Ainsi, de l'étude des solutions judiciaires sanctionnant le droit de recourir aux voies légales, nous pouvons tirer la conclusion que la Jurisprudence française, non seulement accueille avec faveur l'idée d'abus possible en la matière, mais aussi qu'elle en

fixe le critérium dans la pensée mauvaise, dans l'intention de nuire révélée par l'absence d'intérêt légitime, et par les procédés vexatoires employés sans utilité.

Mais la Jurisprudence exige aussi que l'abus ait occasionné un dommage certain et appréciable en argent ; les simples ennuis causés par le plaideur malicieux ne sont pas suffisants pour faire prononcer contre lui, au profit de son adversaire, une condamnation pécuniaire, seule réparation possible en l'espèce, où la réparation en nature ne se peut concevoir. C'est ainsi qu'il a été décidé par la Cour de Cassation que « la partie qui, se disant créancière, a pratiqué une saisie-arrêt contre une autre et n'a pu ensuite la faire valider en justice, parce qu'il a été jugé que rien ne lui était dû, ne peut être valablement condamnée à des dommages-intérêts vis-à-vis du saisi, que si le juge du fait constate expressément qu'un préjudice a été causé » (1). La Jurisprudence est constante et invariable.

Ainsi donc, l'abus, théoriquement répréhensible dès qu'il est constaté, ne peut être sanctionné qu'autant que la partie qui le subit prouve la matérialité du préjudice causé et en établit la valeur exacte. Le montant de cette dernière, aussi strictement fixé que possible, sera alloué comme compensation.

(1) Ch. Civ., 27 nov. 1888, DP. 89-1-407.

Il résulte aussi, tant des arrêts cités que des principes généraux du Droit, que le fardeau de la preuve de l'intention nocive demeure toujours à la charge de la victime de l'abus, laquelle, quel qu'ait été son rôle dans l'instance principale, est toujours demanderesse reconventionnelle. Ici, comme en toute matière, la mauvaise foi ne se présume pas ; elle doit être établie par celui qui en soutient l'existence : *Actori incumbit probatio* ! Le Tribunal qui retient l'abus devra même faire mention expresse des faits sur lesquels il base sa décision. Faisant une application très libérale de l'article 7 de la Loi du 20 avril 1810, la Cour de Cassation (1) a annulée comme « insuffisamment motivés », tous les arrêts des Cours d'appel qui, « sans exprimer aucun motif d'où il résulte que l'action judiciaire ait présenté un caractère vexatoire », ont prononcé des condamnations à des dommages-intérêts distincts des dépens.

Tels sont, dans leur ensemble, les principes de la Jurisprudence en matière d'abus. Sont-ils rationnels ? Nous savons que la Doctrine les repousse à peu près unanimement, figée qu'elle est dans l'antique conception de la faute aquilienne. Nous l'avons vu, en effet, proclamer avec MM. PLANIOL, BAUDRY-LACANTINERIE et ESMEIN, que seule la faute engage la responsabilité et qu'il n'y a faute

(1) Ch. Civ., 31 oct. 1889, DP. 90 1-184, Jurisp. constante.

latines ne sont-elles pas, en l'espèce, résumées dans des formules lapidaires, citées complaisamment par les adversaires modernes de la responsabilité subjective et telles que *dura lex sed lex* (1), *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (2) et telle, surtout, cette sentence de PAUL : *Nemo damnum facit nisi id fecit quod facere jus non habet* (3). Cette dernière phrase paraît trancher toute discussion lorsque l'on admet la distinction entre l'usage abusif et l'usage sans droit d'une prérogative concédée.

Comment, d'ailleurs, soupçonner la possibilité d'application de notre théorie à une époque où « l'homme avait des droits et des obligations limités, donnés par la cité, imposés par elle » ; où « on ne connaissait pas le contrat, mais des contrats ; le délit, mais des délits ; le Droit, mais des droits » ; et où « on savait donc, exactement, le cercle d'activité de chacun, l'étendue et les limites de sa personnalité juridique, on pouvait dire, avec précision, le moment où l'action devient licite et celui où elle cesse de l'être » ? (4).

Pourtant, nous partageons l'opinion d'un savant romaniste, M. le Professeur Charles APPLETON,

(1) Adage tiré d'un fragment du Digeste, Livre XII, § 1^{er}, D. 40-9. *Durum est sed ita lex scripta est.*

(2) GAIUS, D. Livre V, T. xvii, p. 55.

(3) PAUL, Fg. 151, D. *De regulis juris*, 50-17.

(4) E. LÉVY, Respons. et Contr., *Revue crit. de législ.* 28, p. 361, § 2.

lorsqu'il soutient que le peuple romain a connu l'idée de l'abus des droits dès la plus haute antiquité (1).

Summum jus, summa injuria est aussi une formule latine ; elle est antérieure aux formules de PAUL et de GAIUS, puisqu'on la trouve sous la plume du plus célèbre des avocats de la fin de la République dans le *de officiis* de CICÉRON (2) (106-43 avant J.-C.). Bien avant lui, TERENCE (2^e siècle avant J.-C.) rapportait cet adage comme une locution populaire : *Dicunt jus summum sæpe summa est malicia* ; et COLUMELLE (1^{er} siècle après J.-C.) pourra écrire que le droit rigoureux est une croix véritable, *vera crux* (3).

C'était d'ailleurs la façon de penser de Servius SULPICIUS, consul de la République en 703, auteur d'un commentaire sur l'*Edit des Magistrats*, et qui, s'il faut en croire CICÉRON, déclarait qu'« en toutes nos actions, dans tous nos contrats, nous devons prendre l'équité en considération, mais, surtout en matière de Droit ; dans nos jugements et nos consultations, le Droit doit toujours se rapporter à l'équité de façon que notre sentence ou notre réponse n'offense en rien cette dernière ». Cette méthode fut la gloire de S. SULPICIUS, on le consultait autant sur la Justice que sur la légalité,

(1) Cours de Pandectes, 1909.

(2) *De officiis*, I. 10-33.

(3) *De re rustica*, I. 72.

car il ramenait toujours le droit à l'équité : *qui non magis juris quam justiciæ connectus esset, jus ad equitatem referri* (1).

De tous ces témoignages, nous devons conclure que, dès la République, les Romains ne se faisaient plus du Droit, des droits, la conception étroite qu'on leur prête trop complaisamment ; ils reconnaissaient parfaitement la possibilité de faire dévier un droit de son but, en l'exercant méchamment, avec malice, *malicia* ; ils proclamaient que tous les droits particuliers ne devaient être employés que de manière à s'harmoniser avec le Droit en général — *Jus* — dont CELSE, résumant toute l'évolution progressive déjà accomplie sous les Antonins par la pénétration de plus en plus profonde de l'équité et de la morale dans le Droit, pourra donner la définition classique : *Ars boni et æqui* (2), définition qu'ULPIEN devait, dans la suite, rapporter et commenter, en y comprenant non seulement l'*honestum vivere* et le *suum cuique tribuere*, mais aussi l'*alterum non lædere*, l'obligation de ne pas nuire à autrui (3).

Les droits ne sont pas donnés pour nuire à autrui ! tel est donc, dès la République, la conception que se font les Jurisconsultes latins, conception

(1) CICÉRON, *Philippiques*, IX, cité par POTHIER.

(2) CELSE, cité par ULPIEN, *Digeste*, n. t. 1 pr.

(3) ULPIEN *Inst.* 1, 4, De j. et j. 3.

qui se rapproche considérablement de celle défendue aujourd'hui par les théoriciens de l'abus des droits.

Cette conception républicaine devait se perpétuer en s'élargissant dans une évolution constante de dix siècles car, le Droit romain a été en s'humanisant de plus en plus, grâce à l'influence bienfaisante du prêteur. C'est en vain qu'on essaierait de la démentir, en s'emparant des textes de **GAIUS** et de **PAUL**, cités au début de ce chapitre. **M. APPLETON** l'a démontré, ces formules, d'apparence draconienne, n'ont pas la portée qu'on leur voudrait donner en les séparant de leur contexte, en les généralisant alors qu'elles ne s'appliquaient, dans l'esprit de leurs auteurs qu'à des cas strictement déterminés, en oubliant ainsi les prescriptions mêmes du premier fragment du chapitre *De regulis juris* au Digeste, où il est dit : « Dès qu'une règle est appliquée en dehors de son *ressort*, elle perd toute sa valeur » (1). C'est ainsi que le *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* se rapporte au cas spécial du testateur ayant permis à son héritier de refuser l'hérédité testamentaire pour prendre l'hérédité *ab intestat* ; l'on comprend que, dans cette situation, **GAIUS** ait pu dire qu'on ne saurait être coupable de *dolus* quand on use d'un droit conformément à la pensée de celui qui vous l'a concédé.

(1) Dig. *fg. 1, De regulis juris*, 50-17.

qu'autant qu'un acte *illicite, donc contraire au droit positif* (1), a été commis, et qu'ainsi même les actes nuisibles à autrui ne peuvent être réprimés lorsqu'ils sont conformes à l'objet d'un droit certain. C'est le triomphe de la vieille règle latine : *Nullus dolo facere qui jure suo utitur* (2).

Nous avons déjà repoussé cette conception amoraliste qui, poussée jusqu'à ses extrêmes limites, devrait amener ses auteurs à rejeter d'une façon catégorique toutes les solutions jurisprudentielles citées ! Pourtant, à la différence de M. ESMEIN qui demeure implacablement logique, MM. PLANIOL et BAUDRY approuvent le dispositif des jugements et arrêts ayant retenu l'abus des voies légales, mais ils se contentent de prétendre que dans ces espèces, il y avait non pas abus mais usage sans droit. M. PLANIOL commente ainsi les arrêts de la Chambre Civile retenant expressément la mauvaise foi comme constitutive d'abus : « C'est que le droit d'agir en justice n'est pas absolu : il n'est ouvert aux particuliers que pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts légitimes et non dans un but de dilettantisme et de malignité » (3).

Nous retrouvons une formule analogue dans BAUDRY-LACANTINIERE : « D'après une jurispru-

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire*, T. II, p. 284, n° 867.

(2) GAIUS, *Dig. Liv. V, Titre XVII, F. 55*.

(3) PLANIOL, *op. cit.* p. 290, n° 872.

dence constante, lorsque celui qui soutient un procès comme demandeur ou comme défendeur, agit de mauvaise foi ou par suite d'une erreur grossière, il peut être condamné à payer une indemnité à son adversaire. Est-ce à dire que dans ce cas il y ait abus du droit ? Non, seulement le droit d'agir en justice a des limites et on ne peut l'exercer que pour défendre ses intérêts légitimes (1).

Pourtant, le dilettantisme, la mauvaise foi, la malignité, sont des éléments d'ordre purement intentionnels et, partant, subjectifs. Ils ne se présumant point et ne peuvent s'établir qu'en tenant compte de la mentalité de l'agent qui a accompli les faits permettant de les établir. Tel acte peut, suivant les cas, être ou ne pas être abusif d'après l'esprit qui l'a dicté.

Nous ne pouvons donc, logiquement, que nous ranger à l'avis de la Jurisprudence et proclamer avec elle qu'agir en justice est un droit absolu, droit qui engendre la responsabilité subjective de son titulaire lorsque, tout en l'utilisant dans les limites matérielles de son objet, il l'exerce pourtant sans intérêt personnel, de mauvaise foi avec intention de nuire ; cette dernière, quoiqu'en dise PLANIOL, ne pouvait jamais constituer un droit (3).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, op. cit. p. 1085, Ed. 1905.

(2) « Tout homme qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité en supprime d'autres, évince ses concurrents, leur nuit et c'est son droit de leur nuire », PLANIOL, op. cit. p. 287.

Nous devons aussi suivre cette même Jurisprudence lorsqu'elle se refuse à retenir la faute légère, celle qu'une personne vigilante et attentive aurait évitée, la simple témérité, comme constitutive d'abus.

Il faut en effet se rappeler que le pivot de l'action en justice, c'est l'intérêt personnel, égoïste. Ici, comme en matière de propriété et de libre concurrence, l'Etat a eu en vue, dans un but d'harmonie sociale, la défense des intérêts particuliers des titulaires du droit. Aucune pensée altruiste, telle que celle qui conditionne les droits de puissance maritale, paternelle ou tutélaire, ne se retrouve dans l'octroi de cette prérogative. Aussi, il suffira pour le plaideur qu'il soit guidé par un intérêt sérieux et légitime, par le désir de faire trancher une contestation pour que, même s'il exerce son action avec la trop grande rigueur que donne la croyance dans le bon droit, il reste dans les limites subjectives de la faculté allouée et n'engage pas sa responsabilité. Comme le dit M. JOSSERAND : « L'utilité que l'acte présente pour son auteur constitue la plus sûre garantie de sa valeur sociale ; il est des cas où l'égoïsme bien compris devient une suffisante vertu » (1).

(1) JOSSERAND, *op. cit.* p. 24.

CHAPITRE IV

L'ABUS DU DROIT D'ESTER EN JUSTICE DANS LA LÉGISLATION ROMAINE

La théorie de l'abus des droits, dont nous avons étudié l'application aux voies légales en France, est-elle essentiellement une création de la Jurisprudence contemporaine suivie dans ses conclusions par quelques théoriciens novateurs ? Ne faut-il pas, au contraire, en découvrir les premières manifestations dans la législation de l'ancienne Rome ; et, notamment, en matière d'action judiciaire, les Romains n'en ont-ils pas appliqué les principes ?

De prime abord, il semble que de pareilles questions soient oiseuses.

Comment concevoir que la notion d'abus puisse se rencontrer dans un droit dont on ne cesse de proclamer la rigueur formaliste ? Les conceptions

Il en est de même de la sentence *Nemo damnum facit nisi id fecit quod facere jus non habet* séparée à tort par les Bysantins de son contexte, le livre 64, *ad Edictum*, qui, se référant à l'interdit privé *Ne quid in loco publico fiat*, se rapporte à la situation créée par cette prescription rendue en faveur d'un constructeur contre ses voisins qui n'ont pas le droit de lui réclamer quoi que ce soit pour le dommage consécutif à l'autorisation acquise.

La règle *Dura lex sed lex* ne se trouve pas comme prescription générale dans le Droit romain. Les glossateurs l'ont extraite d'un texte du Digeste (1) relatif à la prohibition faite à la femme adultère d'affranchir ses esclaves avant le sixième jour après le divorce et, ce, dans le but d'éviter qu'elle soustraie au châtement l'esclave qui a été son complice ou le témoin de sa débauche. On demanda à ULP IEN si cette prohibition s'étendait aux esclaves éloignés de la résidence de la femme, le Jurisconsulte répondit : *Durum est sed ita lex scripta est*. Cette disposition devait être adoucie dans la suite.

Ainsi, les formules données comme exprimant les tendances strictement formalistes et rigoristes des juristes latins ne visent que des espèces très particulières et sont loin de prouver l'absence de toute idée d'abus possible dans l'application du Droit écrit. Ces textes ne datent d'ailleurs que de l'époque

(1) Dig. Liv. XII, § 1^{er}, D. 40-9.

impériale, époque où, de l'avis même de ceux qui soutiennent que, primitivement, le Droit romain était très étroit, « une conception des droits mieux en harmonie avec le génie de la race latine, si impressionnable, si volontiers accueillante aux pensées altruistes » (1), s'était faite jour et avait pénétré aussi bien les institutions que la législation.

La démonstration de l'abus possible dans l'exercice du droit de propriété résulte d'un texte du Digeste où nous voyons retenir la responsabilité subjective du propriétaire détournant une source, non dans l'intérêt de son fonds, mais dans l'intention de nuire au voisin, *animo vicini nocendi* (2). M. JOSSERAND a aussi montré l'influence de la notion d'abus possible en matière d'exhérédation. Le droit du père testateur primitivement absolu a été soumis à des limites subjectives ; le législateur en est venu à scruter l'intention qui dicte la conduite du *de cuius* et s'est réservé de tenir pour non advenues ses décisions, lorsqu'elles n'étaient pas causées par un motif légitime de ressentiment.

De tous les textes et exemples cités, on peut tirer la conclusion que les juristes romains ne sont pas restés entièrement fermés à la notion de responsabilité subjective. Certes, ils n'ont pas édifié une théorie générale de l'abus des droits, mais ils en

(1) JOSSERAND, op. cit. p. 10.

(2) L. I, § 12, D. 39-3.

ont appliqué maintes fois, et à des droits divers, les principes sur lesquels elle se fonde.

Une question entre spécialement dans le cadre de notre étude : la notion de l'abus a-t-elle pénétré, à Rome, le droit d'ester en Justice ?

Il est certain que les législateurs, comme il est dit aux Instituts de Justinien, ont pris de grandes précautions pour empêcher les hommes de se lancer trop facilement dans les procès. *Magnam curam égisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent* (1). Ainsi ont-ils pensé que le meilleur moyen de réprimer la témérité tant des demandeurs que des défendeurs, *temeritas tam agentium quam eorum cum quibus ageretur*, était de les frapper de pénalités pécuniaires, ou de la peine du serment ou par la crainte de l'infamie.

C'est ce qu'a fait déjà la loi des Douze Tables.

Elle édicte des mesures contre le défendeur qui adopte la négation comme système ; il s'expose à la peine du double de la somme réellement due par suite d'une reconnaissance par aveu, d'une condamnation ou d'une obligation née de la mancipation. La même pénalité est prononcée, sous le système formulaire, contre le plaideur opposant des dénégations dans les cas d'actions *judicati*, *depensi*, *damni injuriæ* et de l'action ayant pour objet une

(1) Inst. Liv. IV, T. XVI, Pr.

certa res per damnationem legata (1). Sous Justinien, cette sanction ne s'appliquait plus qu'en ce qui concerne l'*injuria damni*.

Le demandeur encourait aussi des pénalités en cas d'exercice infondé du droit d'agir en justice lorsque sa prétention était reconnue injuste. La *res-tipulationis pœna* était encourue par le demandeur lorsqu'il échouait simplement dans son procès.

Mais toutes ces sanctions ne nous paraissent pas entrer dans le cadre que nous avons assigné à l'abus. Pour les Romains, la témérité ne résultait pas de la mauvaise foi, mais elle s'inférait du fait tout matériel de la perte du procès. Nous pourrions voir dans ces condamnations plutôt une sanction du risque créé par l'introduction d'une action en justice, encore qu'il nous paraisse certain que cette notion soit demeurée étrangère aux Latins qui semblent n'avoir vu, dans le plaideur téméraire, qu'un plaideur *agissant sans droit*. On n'avait pas à Rome le droit d'agir en justice si on n'avait pas raison dans le litige soumis aux tribunaux.

Nous ne trouvons pas non plus la notion d'abus dans le fait de déférer le serment au demandeur ou au défendeur pour obtenir de lui l'affirmation qu'il n'actionnait pas ou ne se défendait pas de mauvaise foi, car la mauvaise foi n'est établie que par le fait matériel de la perte du procès, sans que le Juge ait

(1) GAIUS, IV, 9-171 ; III, 127-216 ; II, 282. PAUL, I, 49, § 4^{er}.

à se préoccuper de l'intention qui a dicté la conduite du plaideur ; celui qui succombe est sensé avoir prêté un faux serment.

Pourtant, il est, dans le Droit romain, un cas où l'intention de nuire, la mauvaise foi, peuvent être retenues en dehors de la solution donnée au procès, c'est celui du *judicium calumniæ*. En l'espèce, il ne suffit pas que l'une des parties ait échoué dans sa prétention ; pour obtenir condamnation, il faut, en outre, établir l'esprit vexatoire et chicanier. La pénalité est fixe, elle s'élève au dixième de la valeur du litige. Ici nous trouvons trace de l'idée d'abus puisque la condamnation ne s'obtient qu'en établissant le mobile illégitime.

Nous croyons que la législation latine n'a pas été plus loin et que, par conséquent, la notion d'abus possible dans les voies légales n'a que très rudimentairement pénétré le Droit romain. Cette notion s'est révélée beaucoup plus distinctement pour les autres droits, ce qui n'a rien d'étonnant puisque, même dans les législations modernes, on rencontre plus difficilement l'idée de responsabilité subjective dans l'usage des voies légales que dans celui des autres droits.

CHAPITRE V

L'ABUS DES VOIES LÉGALES DANS LES DROITS CONTEMPORAINS

Nous avons vu, au début de ce travail, que deux courants, radicalement contraires, ont pénétré les Droits des différents Etats. Les races anglo-saxonnes, qui ont le culte de l'individualisme et qui sont restées fermées à l'étude du Droit romain, se font une conception égoïste des droits, propriété absolue de leurs bénéficiaires. Chez les peuples latins, conquis aux idées d'altruisme domine, au contraire, une tendance au solidarisme. C'est ainsi que l'Angleterre repousse l'idée d'abus dans l'exercice des facultés légales.

Dans ces pays, c'est un principe admis que nul ne peut engager sa responsabilité qui ne fait qu'exercer

un droit. F. POLLOCK remarque, en effet, qu'il n'y a pour ainsi dire pas d'action humaine qui ne nuise fatalement à autrui et qu'il n'est pas possible, quel que soit le domaine de l'activité, d'agir sans causer un préjudice, qu'on en ait ou non l'intention. Aussi cette intention ne saurait importer. Jamais, par exemple, un usage de la propriété, qui serait légitime s'il était déterminé par un motif sérieux, ne saurait devenir illégitime et abusif parce que inspiré par un mobile malicieux. C'est ainsi qu'on a toujours le droit de détourner une source en empêchant un voisin d'en jouir ; qu'un patron peut congédier un ouvrier suivant son bon plaisir ; qu'il est loisible, depuis l'article abolissant, en 1875, toute sanction pénale contre les coalitions, à des commerçants de s'unir pour offrir un prix de faveur à ceux qui retireront leur clientèle à un concurrent ; qu'il est même licite de blâmer un tiers sans lui prêter des motifs déshonorants ; de diffamer en prouvant !

Il en sera théoriquement de même pour le droit d'ester en justice. Jamais, quelle que soit la malice ou la volonté de nuire du demandeur, le fait de citer abusivement un tiers devant la juridiction civile n'engage la responsabilité. Pourtant, POLLOCK lui-même doit constater que cette doctrine darwinienne ne s'applique que dans les cas ordinaires, mais que, pour certaines situations, la pratique y a

apporté quelques adoucissements. La Jurisprudence anglaise a fini par reconnaître que quelques actions, bien que civiles, sont de nature à porter atteinte au crédit et à la liberté des personnes, et qu'injustement intentées, elles peuvent constituer un délit civil, *an actionable wrong* (1).

D'autre part, un bref du 14 août 1896 a décidé que la Haute Cour de Justice pourra, sur les réquisitions de l'*Attorney general*, interdire d'engager des procès, sans l'autorisation préalable de la Justice, à quiconque aura été convaincu d'avoir intenté précédemment une série d'actions vexatoires et non fondées. Cette sorte de tutelle imposée au plaideur téméraire apparaît comme une mesure prophylactique et est la preuve que la notion d'abus possible pénètre, malgré tout, le Droit de l'Angleterre individualiste. Des mesures pareilles ont été étendues à l'Ecosse par la loi du 12 août 1898.

La législation des Etats-Unis d'Amérique, évidemment inspirée de celle de l'Empire britannique, admet les mêmes principes et adopte les mêmes solutions.

A la tendance anglo-saxonne, il faut opposer la tendance hardiment solidariste du peuple allemand.

Déjà, le Code prussien proclamait dans ses articles 36 à 39 : « Aucune indemnité n'est due par celui qui a usé de son droit, à moins que, entre

(1) POLLOCK, op. cit. p. 302.

plusieurs manières de l'exercer, il ait choisi à dessein celle qui pouvait être préjudiciable ». C'était reconnaître la possibilité de l'abus dans l'usage d'un droit certain. Il appartenait au nouveau Code Civil allemand d'accentuer cette notion et de systématiser la théorie de l'abus, en l'affirmant énergiquement dans plusieurs textes. Nous connaissons déjà l'article 226 qui déclare qu'il n'est pas permis d'exercer un droit dans le seul but de nuire à autrui ; il est renforcé par l'article 138 qui proclame que toute opération juridique contraire aux bonnes mœurs *gulten sitten* est nulle et par l'article 826 qui ajoute : « Quiconque, par un fait contraire aux bonnes mœurs, cause *intentionnellement* un dommage à autrui doit réparation ».

Les législateurs allemands, qui ont retenu l'intention comme élément de responsabilité, n'ont pas défini nettement l'expression « bonnes mœurs » afin de donner plus de latitude aux juges et leur permettre une application large des dispositions de la loi. Aussi les tribunaux on-ils, à l'exemple de la Jurisprudence française, frappé sévèrement les plaideurs téméraires intentant des instances volontairement vexatoires et dolosives.

Il en est de même en Suisse où l'article 3, paragraphe 2, du nouveau Code Civil s'exprime ainsi : « Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale ».

Il n'est pas jusqu'aux peuples orientaux qui n'aient laissé pénétrer la notion d'abus dans leur doctrine et leur jurisprudence.

La loi musulmane, ainsi que nous l'apprend, dans une curieuse étude, M. Marcel MORAND, doyen de la Faculté de Droit d'Alger (1), a aussi admis l'idée de responsabilité subjective bien que l'article 91 du Code Civil ottoman dispose « Nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit » (2).

Ce texte ne reflète pas l'opinion dominante de jurisconsultes orthodoxes qui, se rangeant à l'avis de HABOU HANIFAH, chef de l'école hanéfite, et de HAMAOUÏ, proclament au contraire que « Nul ne peut faire usage de son droit de manière à causer à autrui un dommage évident » (3).

Plusieurs facultés légales ont été déclarées susceptibles d'abus, notamment le droit de *djebr*, droit de marier l'enfant impubère sans son consentement ; le droit de répudiation de son épouse ; le droit de propriété, etc... (4).

En ce qui concerne le droit d'agir en justice, les docteurs musulmans ont sévèrement réprimé les

(1) Marcel MORAND, *Etude de Droit musulman algérien*, 1910, ch. VI, De l'Abus des Droits, p. 298 et suiv.]

(2) Nicolatides, *Législ. ottom.*, T. VI, p. 34, cit. par M. MORAND, p. 300.

(3) HAMAOUÏ, sur IBN NADJIM, cité par M. MORAND, p. 301.

(4) Voir MORAND, *op. cit.* p. 302 et suiv.

procédures dolosives. C'est ainsi que la loi, qui autorise les parties à choisir tel mandataire qu'il leur plaît pour les représenter devant les tribunaux, n'a jamais permis à un plaideur de donner procuration à un ennemi de son adversaire (1), et ce, parce que « la désignation du mandataire paraît ici déterminée uniquement par le désir d'envenimer la querelle et d'aggraver, pour l'adversaire, les rigueurs de la poursuite, en un mot, par la volonté de nuire » (2).

D'après IBN FAHROUN, il est répréhensible de citer devant les juges un débiteur dont la déconfiture est connue et dont on ne pourra rien obtenir, car on ne saurait être, dans ce cas, considéré comme ayant un intérêt sérieux (2).

A tous ces exemples donnés par M. MORAND, nous pouvons ajouter qu'il est, dans le Droit tunisien, un texte législatif sanctionnant les abus de procédure : c'est le Décret beylical du 18 mars 1896, lequel, dans son article 37, dit : « L'appelant peut être condamné à une amende de cinq à cent francs au profit du Trésor Public, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient dûs à la partie civile, si l'appelant avait agi de mauvaise foi ou abusivement (3).

(1) KHALIL, trad. PERRON, IV, p. 329, cité par MORAND, p. 305.

(2) MORAND, op. cit. p. 306.

(3) *Officiel Tunisien*, année 1896, p. 149.

C'est en vertu de ce texte que le Tribunal de l'Onzara de Tunis rendait, le 9 février 1903, un jugement au terme duquel « constitue un abus de procédure le fait, par celui qui a été condamné en première instance au paiement d'une dette reconnue par lui, de faire appel de la décision rendue, uniquement pour en retarder l'exécution et sans faire valoir aucun moyen appréciable à l'encontre du jugement attaqué. Il doit donc être condamné par la juridiction d'appel à des dommages-intérêts envers l'intimé, pour réparation du préjudice qu'il lui a ainsi causé » (1).

Les termes de cette décision ressemblent à s'y méprendre à ceux que nous avons rencontrés dans les arrêts et jugements français, ce qui prouve que les mêmes idées pénètrent lentement, mais d'une façon progressive, les droits de tous les Etats, même de ceux où l'on s'attendrait le moins à les rencontrer, étant donné le caractère des peuples qu'ils régissent. C'est la meilleure démonstration que l'on puisse faire de la force conquérante de la notion morale et sociale de l'abus des droits.

(1) *Journal des Tribunaux de Tunisie*, 1903, p. 292.

BIBLIOGRAPHIE

- CH. APPLETON. — *De l'Abus des droits dans la Législation romaine* (Cours de Pandectes à la Faculté de Lyon, 1910).
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité des Obligations*, T. II, 2^e Edition, 1905.
- S. BERGE. — *Journal des Tribunaux de la Tunisie*, Répertoire, Tunis.
- E. COHENDY. — Note sous Cassation, 11 juin 1890. *Dalloz périodique*, 1891-1-193.
- DALLOZ. — *Répertoire de Législation de Doctrine et de Jurisprudence*. Voir *Responsabilité*, ch. II, section 2, article 1^{er}, n^{os} 101 et suivants.
- DALLOZ. — Supplément au Répertoire *eodem verbo*, ch. II, section 2, article 2, paragraphe 1, n^o 79 et suivants.
- ESMEIN. — Note sous Cassation, Rec. 29 juin 1897, *Sirey* 1898-1-21.
- HUVELIN. — *Principes généraux du Droit anglais*, Cours de Législation comparée à la Faculté de Lyon, 1910.
- R. VON IHERING. — *Le Combat pour le Droit*, traduction F. MEYDIEU, Paris, 1875, DURAND, Ed.
- L. JOSSERAND. — *De l'Abus des droits*, Paris, ROUSSEAU, 1905.
- L. JOSSERAND. — Note sous Tribunal civil de Toulouse, 13 avril 1905, *Dalloz périodique*, 1906-2-105.
- L. JOSSERAND. — Note sous Lyon, 23 janvier 1907, *Dalloz périodique*, 1908-2-73.
- LEPELLETIER. — Rapport sous Cassation, 27 mars 1884, *Dalloz périodique*, 1884-1-437.
- E. LÉVY. — Responsabilité et Contrat (*Revue Critique de Législation*), T. XXVIII, p. 361 et suiv.
- M. MORAND. — *De l'Abus des droits dans la Législation musulmane*, Alger, 1906, JOURDAN, Ed.
- M. PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, T. II, Théorie de la faute, 1909.
- E. PICARD. — *Le Droit Pur. Les Permanences juridiques abstraites*. Bruxelles, 1899.
- G. RANSSON. — *Essais sur l'art de juger*, Paris, 1911, PEDONE, Ed.
- J.-B. SIMONNET. — *Traité élémentaire de Droit public et administratif*, 1912, PICHON, Ed.
- X... — Note sous Cassation, 10 janv. 1910, *Dalloz périodique*, 1911-1-371.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — <i>Théorie de l'Abus des Droits.</i>	1
CHAPITRE 1 ^{er} . — <i>Agir en Justice est un droit...</i>	31
CHAPITRE II. — <i>Délimitation du domaine de l'abus dans l'usage des voies légales.....</i>	45
CHAPITRE III. — <i>De l'abus des voies de Droit dans la Jurisprudence française.....</i>	54
CHAPITRE IV. — <i>L'abus du droit d'ester en justice dans la Législation romaine.....</i>	78
CHAPITRE V. — <i>L'abus des Voies légales dans les droits contemporains.....</i>	88

VU :

Lyon, le 13 juin 1912.

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,

VU :

L. JOSSERAND.

Lyon, le 14 juin 1912

LE DOYEN DE LA FACULTÉ,

FLURER.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 15 juin 1912

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,

JOUBIN.



